Die Erledigung der Hauptsache in der Rechtsmittelinstanz.

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
einer hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
in Freiburg i. Br.

vorgelegt von
Rechtsanwalt
HANS ELMENDORFF
Moers

1 9 3 6

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Ref.: Prof. Rudolf Schultz

Tag der mündl. Prüfung 21. Febr. 1936.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALT

Einleitung 3

I. Die Erledigung der Hauptsache in erster Instanz 3

II. Die aus den Besonderheiten der Rechtsmittelinstanz sich ergebende Problematik 6

1. Die Stellungnahme der älteren Rechtsprechung 8

2. Die neuere Rechtsprechung 11

3. Die Literatur 13

III. Das Verhältnis der allgemeinen Prozeßkostenregeln zu dem Grundsatz, daß die Beschwer in der Hauptsache bis zur letzten mündlichen Verhandlung gegeben sein muß 15

IV. Zur Auslegung des § 99 ZPO. 21

V. Die Erledigung des Klageanspruchs zwischen den Instanzen . . 29

VI. Die Erledigung der Hauptsache in der Revisionsinstanz . . . 34

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543125_0119

LITERATURVERZEICHNIS.

Baerwald, Die Erledigung des Rechtsstreits. Diss. Rostock 1930.

Baumbach, Die Zivilprozeßordnung. 8. Aufl. 1933.

Birkmeyer, Zur Auslegung des § 94 R.=C.=.Pr.=O., in Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. 1. (1881) S. 320 ff.

Entwurf einer Zivilprozeßordnung, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium. 1931.

Grosse, Die Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil. Diss. Berlin 1907.

Hahn, Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung. 1880.

— Materialien zu den Reichs=Justiznovellen 1897—1898. Berlin 1898.

Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Bd. 1912, 2. Bd. 1919, vollendet von Oertmann.

Lazarus, Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozesse in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 52 S. 593 ff.

Reusch, Beiträge zur Lehre von der Behandlung des Rekurses, in Preußische Anwaltszeitung I (1862), III (1864).

Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. 1931.

— Die Erledigung des Rechtsstreits in höherer Instanz in ZZP. Bd. 53 S. 385 ff.

Seuffert=Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 12. Aufl. 1932.

Sydow=Busch=Krantz, Zivilprozeßordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz. 20. Aufl. 1932.

Stein=Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 15. Aufl. 1934.

Walsmann, Die Anschlußberufung. 1928.

Die Grundsätze, nach denen die Frage der Prozeßkostenlast in den Fällen der Erledigung der Hauptsache zu entscheiden ist, sind bis auf wenige Einzelheiten in befriedigender Weise geklärt, soweit es sich um die erste Instanz handelt. Völlig unsicher dagegen ist die Rechtslage, wenn sich die Hauptsache in der Rechtsmittelinstanz oder vor Einlegung des Rechtsmittels, aber nach Schluß der letzten erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung erledigt. Die Rechtsprechung auf diesem Gebiete hat im Laufe der Zeit stark geschwankt und ist noch in keinem wesentlichen Punkte zu einer festen Praxis gelangt. Auch die Wissenschaft bietet ein völlig uneinheitliches Bild.

Diese Situation wirft die Frage auf, ob die Grundsätze, die für die erste Instanz entwickelt worden sind, nicht auch in der gleichen Weise in der Rechtsmittelinstanz durchgeführt werden können.

Um eine Antwort auf diese Frage zu gewinnen, sei zunächst eine Darstellung der Rechtslage gegeben, die in den Fällen der Erledigung der Hauptsache in erster Instanz entsteht, um dann die Schwierigkeiten zu untersuchen, die sich aus den Besonderheiten der Rechtsmittelinstanz ergeben.

I.

Man spricht von einer Erledigung der Hauptsache, wenn die Klage auf Grund eines nach Klageerhebung eintretenden Ereignisses unbegründet wird, z. B. durch nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Leistung, durch Gesetzesänderung, Tod des Klägers bei unvererblichen Rechten, Befriedigung des Klägers durch den Beklagten oder einen Dritten. Erfüllt der Beklagte den Klageanspruch, so kann er dies tun, entweder weil er die Aussichtslosigkeit des Rechtsstreits einsieht, oder weil der Klageanspruch durch ein neues Ereignis, z. B. durch Fristablauf bei Streit um Fälligkeit, zweifellos begründet worden ist.

In allen diesen Fällen kann der Kläger die Klage nicht aufrechterhalten, wenn er nicht der Klageabweisung und der damit verbundenen Kostenlast verfallen will, denn die Entscheidung wird auf Grund der letzten mündlichen Verhandlung gefällt. Eine Rücknahme der Klage ist nach Beginn der mündlichen Verhandlung nur mit Einwilligung des Beklagten möglich § 271 I ZPO., und auch dieser Weg führt zur Kostenlast des Klägers § 271 III ZPO.

Es gibt nun aber Fälle, in denen es dem Gesetz widersprechen würde, dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits aufzubürden, wenn die Klage erst infolge eines nachträglichen Ereignisses unbegründet wird. Zahlt z. B. der Beklagte im Sinne der Anerkennung, nachdem die Beweisaufnahme für ihn ungünstig verlaufen ist, so erreicht der Kläger das, was er mit der Klage beabsichtigte. Wollte man ihm trotzdem die Prozeßkosten auferlegen, so würde das dem § 91 ZPO., wonach der Unterliegende die Kosten zu tragen hat, widersprechen.

Um in diesen Fällen zu einer dem Gesetz entsprechenden Kostenentscheidung zu kommen, gestattet man dem Kläger in entsprechender Anwendung des § 268 Nr. 3 ZPO., den Streit über die Hauptsache aufzugeben, so daß nur noch die Kosten in Streit bleiben [1]). Der Kläger hält seinen Klageantrag in der Hauptsache also nicht aufrecht, nimmt die Klage aber auch nicht im technischen Sinne zurück, denn er will ja über die Kosten weiterstreiten. In der Hauptsache aber will er den Streit endgültig beenden und sich nicht, wie bei der Klagerücknahme, die erneute Erhebung der Klage vorbehalten.

Erklärt nun der Beklagte, daß er den Rechtsstreit in der Hauptsache ebenfalls als erledigt betrachte, so findet der Rechtsstreit damit insoweit sein unmittelbares Ende, ohne daß dies noch einer Feststellung des Gerichts bedürfte. Anders ist es, wenn der Beklagte seinen Abweisungsantrag aufrechterhält, indem er die behauptete Rechtsänderung bestreitet. Der Beklagte könnte z. B. behaupten, daß seine Zahlung, auf Grund deren sich der Kläger als befriedigt betrachtet, in Wahrheit eine andere Forderung betreffe. In diesen Fällen entsteht ein neuer Streitpunkt, über den im Rahmen des anhängigen Prozesses mitzuentscheiden ist.

Wird aber der Rechtsstreit in der Hauptsache endgültig durch übereinstimmende Erklärungen der Parteien beseitigt, so hängt die Kostenentscheidung in erster Linie davon ab, ob die Streitbeendigung in der Weise erfolgt ist, daß eine Partei sich als unterlegen bekannt hat. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Beklagte im Sinne der Anerkennung zahlt, ohne durch ein neues klagebegründendes Ereignis dazu veranlaßt zu sein. Da die Klage hier in vollem Umfang erfolgreich ist, treffen den Beklagten in unmittelbarer Anwendung des § 91 ZPO. die Kosten [2]).

Erfüllt aber z. B. ein Dritter die Klageforderung oder erlischt der Klageanspruch durch nachträgliches Unmöglichwerden der Leistung, und erklären daraufhin beide Parteien, daß sie die Hauptsache als erledigt betrachten, so endet der Rechtsstreit insoweit, ohne daß eine Partei siegt und die andere unterliegt. Eine unmittelbare Anwendung des § 91 ZPO. ist daher unmöglich.

Da aber eine Entscheidung über die Prozeßkosten getroffen werden muß, so ist § 91 ZPO. entsprechend in der Weise anzuwenden, daß die Kosten demjenigen auferlegt werden, der unterlegen wäre, wenn das die Hauptsache erledigende Ereignis nicht eingetreten wäre [3]).

Das Gesetz rechtfertigt diese Methode durch § 93 ZPO., wonach der Beklagte trotz Verurteilung von den Prozeßkosten freibleibt, wenn er den Anspruch sofort anerkennt und nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat. Diese Vorschrift umfaßt auch den hier interessierenden Fall, daß der Beklagte den Anspruch im Sinne der Anerkennung sofort erfüllt, nachdem er im Laufe des Prozesses durch ein neues Ereignis begründet worden ist. Hier fallen gemäß § 93 ZPO. dem Kläger die Prozeßkosten zur Last. War dagegen die Klage auch schon vor dem neuen Ereignis begründet, so fehlt es an einem sofortigen Anerkenntnis des

1) Stein-Jonas § 91 III, Lazarus S. 610. Seuffert-Walsmann § 91, 4.
2) Stein-Jonas § 91 III, Baumbach Vor § 91 C, Lazarus S. 615.
3) Seuffert-Walsmann § 91, 4 c. cit.

Beklagten, den somit die Prozeßkosten treffen. In diesem besonderen Falle der Erledigung der Hauptsache ist die Entscheidung über die Prozeßkostenlast also von der Frage abhängig, wer vor Eintritt des die Hauptsache erledigenden Ereignisses unterlegen wäre.

Manche versuchen, die Kostengrundsätze für die Fälle der Erledigung der Hauptsache allein aus § 93 ZPO. abzuleiten [4]). Da dabei dieselben Ergebnisse erzielt werden, ist der Streit über die Methode von untergeordneter Bedeutung. Richtiger ist es m. E. allerdings, von dem die Kostenregelung beherrschenden Prinzip des § 91 ZPO. auszugehen, um dann in § 93 ZPO. die Bestätigung für einen besonderen Fall zu sehen [5]).

Es sind nun auch Fälle denkbar, in denen der Klageanspruch durch ein Verhalten des Klägers untergeht, das nicht anders als Klagerücknahme behandelt werden kann. Der Kläger verlangt z. B. die Herausgabe einer Urkunde und vernichtet sie, als der Beklagte sie im Prozeß vorzeigt. Dieses Verhalten muß die unbedingte Kostenpflicht des Klägers zur Folge haben, da es ihm sonst freistände, die Kostenfolge der Klagerücknahme zu umgehen, wenn er den Prozeß, weil er aussichtslos geworden ist, nicht fortführen will [6]).

Auch in diesem Fall handelt es sich um eine Anwendung des in § 91 ZPO. zum Ausdruck gebrachten allgemeinen Prozeßkostenprinzips, wie ja auch die Kostenregelung bei der Klagerücknahme weiter nichts ist, als eine Anwendung dieses Prinzips auf diesen besonderen Fall, denn durch die Klagerücknahme bekennt sich der Kläger für diesen Prozeß als Unterlegenen [7]).

Diese Grundsätze sind erst im Laufe der Zeit klar herausgeschält worden [8]), haben sich aber jetzt ganz allgemein durchgesetzt, wobei allerdings noch einzelne Fragen streitig sind, wie z. B. die Wirkung der Anfechtung, des Rücktritts, der Gesetzesänderung [9]).

Für die weitere Untersuchung ergibt sich somit folgende feste Grundlage.

Die Prozeßkostenlast knüpft sich an das Unterliegen im Rechtsstreit, § 91 ZPO. Dieser Grundsatz ist für alle Arten der Beendigung des Rechtsstreits durchgeführt.

Wird der Rechtsstreit durch streitiges Urteil beendet, so entscheidet der Richter über Sieg und Niederlage und damit über die Prozeßkostenlast.

Der Rechtsstreit kann aber auch dadurch beendet werden, daß der Kläger seinen Angriff oder der Beklagte seine Verteidigung aufgibt. So kann der Kläger die Klage zurücknehmen, auf den Anspruch verzichten, im Termin ausbleiben, der Beklagte den Anspruch anerkennen. Spricht der Richter in diesen Fällen noch ein Urteil aus, so stellt er damit lediglich den durch das Parteiverhalten bereits geklärten Ausgang des Rechtsstreits fest. Für eine streitentscheidende Tätigkeit ist hier kein Raum mehr. Das Urteil ist

---

4) Stein-Jonas § 91 III, Baumbach § 91 4 C, Hellwig § 124, 3.
5) Lazarus S. 611 Seuffert-Walsmann § 91, 4.
6) Lazarus S. 620, Stein-Jonas § 91 III.
7) Stein-Jonas Vor § 91 II 1, Baumbach Vor § 91 4 C.
8) Über die ältere Rechtsprechung und Literatur berichtet Lazarus S. 601 ff.
9) Seuffert-Walsmann § 91 4 c. cit.

also automatische Folge der Abstandnahme vom Angriff oder von der Ver- Verteidigung, und dieses streitbeendende Parteiverhalten, nicht das Urteil, ist die eigentliche Ursache der Prozeßkostenlast.

Beenden die Parteien den Rechtsstreit nicht vollständig, sondern nur in der Hauptsache, und tritt die Erledigung der Hauptsache in der Weise ein, daß ein Streitteil vom Angriff oder von der Verteidigung Abstand nimmt, so trägt der freiwillig Unterliegende in unmittelbarer Anwendung des § 91 ZPO. die Prozeßkosten, ohne daß es einer weiteren Prüfung bedarf, wer ohne das erledigende Ereignis unterlegen wäre. Hierhin gehört der Fall, daß der Beklagte im Sinne der Anerkennung zahlt, ohne durch ein neues klagebegründendes Ereignis dazu veranlaßt zu sein, oder daß der Kläger den Klageanspruch durch ein Verhalten zum Erlöschen bringt, das nicht anders als Klagerücknahme gedeutet werden kann.

Tritt die Erledigung der Hauptsache auf Grund eines Ereignisses ein, das nicht in der Handlung einer Partei besteht, oder doch nicht in einer solchen Handlung, die als Verzicht auf den Angriff oder die Verteidigung gedeutet werden kann, so endet der Rechtsstreit in der Hauptsache, ohne daß eine Partei unterliegt. Die Kosten sind dann demjenigen aufzuerlegen, der unterlegen wäre, wenn das die Hauptsache erledigende Ereignis nicht eingetreten wäre.

Nehmen beide Parteien übereinstimmend von dem Rechtsstreit Abstand, indem sie sich vergleichen, so geben beide Parteien nach und die Kosten werden gegeneinander aufgehoben §§ 92, 98 ZPO.

Schließlich ist es auch möglich, daß es trotz Erhebung einer Klage nicht zum Streit kommt, weil der Beklagte sofort anerkennt und auch keine Veranlassung zur Klageerhebung gegeben hat. Wenn der Beklagte dann auch auf Grund des Anerkenntnisses verurteilt wird, so kann er doch, weil er sich auf einen Streit gar nicht einläßt, nicht unterliegen. Deshalb wird er auch nicht zur Tragung der Prozeßkosten verurteilt. Allerdings unterliegt auch der Kläger nicht. Unterliegt aber keine Partei, so versagt der Grundsatz, daß der Unterliegende die Prozeßkosten zu tragen hat. Aus diesem Grunde mußte der Fall des § 93 ZPO. besonders geregelt werden [10]).

Einige weitere Ausnahmen von dem Grundsatz des § 91 ZPO. zugunsten des Verschuldensprinzips sind hier ohne Interesse.

II.

Gemäß § 97 ZPO. findet der Grundsatz des § 91 ZPO., wonach der Unterliegende kostenpflichtig ist, auch in der Rechtsmittelinstanz Anwendung. Grundsätzlich müssen also auch dort die Regeln Anwendung finden, die aus § 91 ZPO. für die Fälle der Erledigung der Hauptsache in erster Instanz entwickelt worden sind, sofern sich nicht aus den Besonderheiten der Rechtsmittelinstanz etwas anderes ergibt.

An zwei Punkten stößt die Durchführung dieser Regeln in der Rechtsmittelinstanz auf Schwierigkeiten. Es sind der § 99 ZPO. einerseits und die §§ 511 a, 546 ZPO. andererseits.

---

10) Hellwig S. 749.

Die §§ 511 a, 546 ZPO. machen die Zulässigkeit des Rechtsmittels von dem Vorhandensein einer Beschwer in bestimmter Höhe abhängig. Nach der jetzt fast unwidersprochenen Meinung muß diese Beschwer grundsätzlich bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung als dem Zeitpunkt der Entscheidung vorhanden sein [11]). Gemäß § 4 ZPO. ist für die Wertberechnung zwar der Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels entscheidend. Diese Vorschrift trifft jedoch nur die Fälle, in denen Wertschwankungen bei gleichbleibendem Klagegegenstand eintreten, wenn z. B. der Wert des eingeklagten Grundstückes nach Einlegung des Rechtsmittels unter die Rechtsmittelsumme sinkt. Anders ist es, wenn der Beschwerdegegenstand sich selbst verringert, indem z. B. die Klage oder das Rechtsmittel teilweise zurückgenommen wird. Sinkt infolge derartiger Veränderungen die Beschwer vor dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung unter die Rechtsmittelsumme, so ist das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen [12]). Dies gilt insbesondere auch für die Revisionsinstanz, denn auch hier sind neue Tatsachen noch insofern zu berücksichtigen, als sie die Zulässigkeit des Rechtsmittels berühren.

Erledigt sich die Hauptsache im Laufe des Rechtsmittelverfahrens, und fällt dadurch die Beschwer des Rechtsmittelklägers ganz oder bis zu einem die Rechtsmittelsumme nicht mehr erreichenden Betrag fort, so scheint auch in diesen Fällen das Rechtsmittel unzulässig zu werden [13]); dies hätte die unbedingte Kostenpflicht des Rechtsmittelklägers zur Folge, ohne daß es einer weiteren Prüfung bedürfte, wer ohne das erledigende Ereignis unterlegen wäre. Ja selbst wenn der Beklagte, der in erster Instanz ein klageabweisendes Urteil erzielt hat, in der Berufungsinstanz nach ungünstiger Verschiebung der Prozeßlage im Sinne der Anerkennung erfüllt, würde dies die Verwerfung des Rechtsmittels auf Kosten des Klägers und Rechtsmittelklägers — trotz dessen Sieges — zur Folge haben, wenn man konsequent eine Beschwer in der Hauptsache bis zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung fordert. [14]).

Damit wäre das Prozeßkostenprinzip der §§ 91, 97 ZPO., wonach der Unterliegende die Kosten zu tragen hat, für die Fälle der Erledigung der Hauptsache in der Rechtsmittelinstanz ausgeschaltet, vielmehr würde der Rechtsmittelkläger für diese Fälle das Prozeßkostenrisiko unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits tragen [15]).

Der Beklagte könnte es sich sogar leisten, außer den Prozeßkosten auch von der Klageforderung einen die Rechtsmittelsumme (Revisionssumme = 6000.— RM!) nicht erreichenden Betrag unbeglichen zu lassen, wenn ihm die Fortführung des Rechtsmittels aussichtslos erscheint. Der Kläger könnte die Verwerfung des Rechtsmittels nur durch Zurückweisung von Teilleistungen verhindern, § 266 BGB. [16]). Die Ausübung dieses Rechts ist für den Kläger aber nach Verlust der ersten Instanz eine zweifelhafte Sache, ins-

11) a. M. nur Walsmann S. 99.
12) RG. 76, 292.
13) s. Anm. 26.
14) Jonas in JW. 29, 2528.
15) Stein-Jonas § 99 II 2 b a.
16) Auf diese Möglichkeit verweist RG. 107, 53.

besondere dann, wenn es sich nicht um einen zahlungskräftigen Schuldner handelt. Dieser Ausweg versagt zudem vollständig, wenn zwei verschiedene Ansprüche eingeklagt sind und der Beklagte den einen, der die Rechtsmittelsumme nicht erreicht, unbeglichen läßt.

Auch § 99 I ZPO. scheint es zu rechtfertigen, daß das Rechtsmittel auf Kosten des Rechtsmittelklägers verworfen wird, wenn sich die Hauptsache nach Erlaß des erstinstanzlichen Urteils erledigt. Infolge der Erledigung der Hauptsache beschränkt sich nämlich der Streit auf den Kostenpunkt, und § 99 I ZPO. verbietet die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Auch das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde, das § 99 III ZPO. gegen die sog. isolierten Kostenentscheidungen der ersten Instanz gewährt, ist hier nicht zulässig, da diese Bestimmung voraussetzt, daß eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen ist. In den hier interessierenden Fällen liegt eine solche Entscheidung in der Hauptsache aber gerade vor.

Diese unerfreulichen und z. T. unannehmbaren Ergebnisse vermied die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts, indem sie die §§ 511 a, 546 und 99 ZPO. anders auslegte. Es wird zu zeigen sein, daß der vom Reichsgericht früher eingeschlagene Weg bei sinngemäßer Weiterentwicklung zu befriedigenden Lösungen geführt hätte. Dieser Weg ist allerdings seit geraumer Zeit verlassen worden, was aber nur eine völlige Verwirrung der Rechtslage zur Folge hatte.

Die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts vertrat die Meinung, daß eine Erledigung der Hauptsache an der Zulässigkeit des Rechtsmittels nichts mehr ändere, wenn dieses einmal ordnungsmäßig eingelegt sei. Überhaupt ging das Reichsgericht grundsätzlich davon aus, daß die Zulässigkeit des Rechtsmittels sich nach der Einlegung desselben entscheide; mit der Einlegung erwerbe der Rechtsmittelkläger ein Recht auf das Rechtsmittel, welches er nur dadurch verliere, daß er darauf verzichte oder es nicht in zulässiger Weise verfolge [17]). Die völlige oder teilweise Zurücknahme der Klage- oder Rechtsmittelanträge hatte die Unzulässigkeit des Rechtsmittels zur Folge, wenn das in Streit verbleibende Beschwerdeobjekt die Rechtsmittelsumme nicht mehr erreichte. Nur die Erledigung der Hauptsache änderte an der Zulässigkeit des Rechtsmittels nichts mehr, wenn es einmal ordnungsmäßig eingelegt war, denn in diesen Fällen, so begründete das Reichsgericht seine Ansicht näher [18]), verzichte der Rechtsmittelkläger nicht auf das Rechtsmittel, was er nur tue, wenn er sich bei der erstinstanzlichen Entscheidung beruhige und nur noch über die Kosten weiterstreiten wolle; bei einer Erledigung der Hauptsache finde sich der Rechtsmittelkläger aber keineswegs mit der angefochtenen Entscheidung ab, nur bleibe der Kostenpunkt als allein denkbarer Streitgegenstand übrig.

Einen Konflikt mit § 99 (früher § 94) ZPO. vermied das Reichsgericht, indem es diese Vorschrift dahin auslegte, daß dadurch nur eine Absonderung

---

17) RG. 15, 405; 18, 418; 20, 430; 23, 341; 27, 365; 29, 379; RG. i. JW. 99, 366; 01, S. 157.

18) RG. 18, 418.

von Hauptsache und Kostenpunkt verboten werde, und zwar dürfe die Absonderung nicht in der Weise geschehen, daß das Rechtsmittelgericht die Kostentscheidung auf Grund einer anderen Beurteilung der Hauptsache abändere, obwohl die Entscheidung in der Hauptsache selbst unangefochten bestehen bleibe. Bei der Erledigung der Hauptsache, so stellte das Reichsgericht fest, bleibe keine Entscheidung der früheren Instanz rechtswirksam bestehen, mit welcher die Entscheidung der höheren Instanz betreffend den Kostenpunkt in Widerspruch treten könnte [19]).

Mit dieser Rechtsprechung erreichte das Reichsgericht, daß die zufälligen Ereignisse, die zu einer Erledigung der Hauptsache führen, für die Zulässigkeit und damit für die Kostenlast des Rechtsmittels nicht entscheidend waren, daß vielmehr der Prozeß fortgeführt werden konnte, um eine Kostenentscheidung nach allgemeinen Grundsätzen zu ermöglichen.

Die bisher zitierte Rechtsprechung des Reichsgerichts betrifft nur Fälle, in denen sich die Hauptsache nach Einlegung des Rechtsmittels erledigte. Für die Fälle der Erledigung der Hauptsache in erster Instanz wurde durch die Reichsjustiznovellen von 1897—1898 das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegen die Kostenentscheidung eingeführt § 99 III ZPO. Dazwischen liegen die Fälle, in denen sich der Streit um die Hauptsache nach Schluß der erstinstanzlichen letzten mündlichen Verhandlung, aber noch vor Einlegung des Rechtsmittels erledigt.

Für diese Fälle konnte die Rechtsprechung, die auf dem Gebiet der Erledigung der Hauptsache nach Einlegung des Rechtsmittels entwickelt worden war, nicht ohne weiteres übernommen werden, denn das Reichsgericht hatte sich ja auf den Grundsatz festgelegt, daß die Beschwer in der Hauptsache bei Einlegung des Rechtsmittels vorhanden sein müsse. Doch trat das deutliche Bestreben hervor, auch bei Erledigung der Hauptsache zwischen den Instanzen ein Rechtsmittel zu gewähren.

In der Entscheidung RG. 15, 505 stellte sich das Reichsgericht allerdings noch ohne Einschränkung auf den Standpunkt, daß das Rechtsmittel unzulässig sei, wenn der Rechtsmittelkläger vor Einlegung des Rechtsmittels in der Hauptsache klaglos gestellt und somit nur noch im Kostenpunkt beschwert sei. In der Folgezeit wurde die Tragweite dieses Grundsatzes aber immer mehr dadurch eingeschränkt, daß der Begriff der Beschwer in der Hauptsache eine immer weitere Ausdehnung erfuhr.

In der Entscheidung RG. 16, 329 hatte das Reichsgericht folgenden Fall zu entscheiden. Auf Grund eines Arrestes hatte der Arrestkläger eine Pfändung ausgebracht. Der Arrestbeklagte erhob Widerspruch, der aber in erster Instanz zurückgewiesen wurde. Darauf gab der Arrestkläger die Pfandstücke aus Zweckmäßigkeitserwägungen frei und veranlaßte die Aufhebung des Arrestes durch Gerichtsbeschluß. Der Arrestbeklagte legte Berufung ein mit dem Antrag, das Urteil erster Instanz aufzuheben, den Gegenstand des Rechtstreits für erledigt zu erklären und dem Gegner die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Gegen das Berufungsgericht, das die Berufung wegen Mangels einer Beschwer in der Hauptsache als unzulässig verworfen hatte, führte das Reichsgericht aus, daß trotz Freigabe der Pfandstücke und Auf-

19) RG. a.a.O.

hebung des Arrestes die Beschwer in der Hauptsache noch nicht vollständig beseitigt sei, denn der den Arrest aufhebende Beschluß entscheide nur über die Verhältnisse zur Zeit der Beschlußfassung, lasse also das erstinstanzliche Urteil, das den Arrest für gerechtfertigt erklärt habe, unberührt. Erwachse dieses aber in Rechtskraft, so könne der Arrestbeklagte mit der Behauptung, daß der Arrest von Anfang an ungerechtfertigt gewesen sei, nicht mehr gehört werden, so daß die Erhebung einer Schadensersatzklage ausgeschlossen sei.

Von weitergehender Bedeutung war die Entscheidung in RG. 27, 407. In diesem Falle hatte der Kläger, der einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung geltendgemacht hatte, in erster Instanz gesiegt, und, nachdem der Beklagte Berufung eingelegt hatte, auf den Klageanspruch verzichtet. Gegenüber dem Berufunggericht, das die Berufung wegen Mangels einer Beschwer in der Hauptsache als unzulässig verworfen hatte, erklärte das Reichsgericht, der Streit sei zwar materiell durch den Verzicht des Klägers erledigt, formell beschwere aber noch das verurteilende Erkenntnis erster Instanz, das der materiellen Sachlage nicht mehr entspreche, den Beklagten. Auch die Möglichkeit einer Vollstreckungsgegenklage beseitigt nach der Ansicht des Reichsgerichts die Beschwer nicht.

Nach dieser Entscheidung ist die Berufung trotz Erledigung der Hauptsache zwischen den Instanzen immer dann zulässig, wenn ein mit der materiellen Rechtslage nicht übereinstimmendes Urteil bestehenbleibt. Insbesondere bleibt der verurteilte Beklagte, auch wenn der Klageanspruch unstreitig erloschen ist, in der Lage, ein Rechtsmittel gegen das erstinstanzliche Urteil einzulegen, um eine andere Kostenentscheidung zu erzielen.

Schließlich stellte das Reichsgericht in der Entscheidung RG. 33, 383 Grundsätze auf, auf Grund deren in allen Fällen der zwischeninstanzlichen Erledigung der Hauptsache ein Rechtsmittel ermöglicht wurde. Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde. Der Beklagte hatte für den Kläger Hafer in seinen Kahn geladen. Infolge des niedrigen Wasserstandes verzögerte sich der Abtransport. Der Kläger verlangte vom Beklagten, daß er leichtere und drang mit diesem Anspruch in erster Instanz durch. Nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung war das Wasser gestiegen, und der Beklagte fuhr ab. Auch hier wieder entschied das Reichsgericht gegen das Berufungsgericht, das die Berufung wegen Mangels einer Beschwer in der Hauptsache als unzulässig verworfen hatte. In der Entscheidung wird ausgeführt, es sei gleichgültig für die Existenz eines Rechtsstreites, ob der Kläger seinen Anspruch aufrechterhalten könne oder nicht, vielmehr bleibe der Rechtsstreit, auch wenn der Klageanspruch unstreitig erlösche, solange bestehen, wie die Parteien ihre widersprechenden Anträge aufrechterhielten, eine Beendigung des Rechtsstreits in der Hauptsache trete nur auf Grund übereinstimmender Parteierklärungen ein, nicht aber genüge der einseitige dahingehende Antrag des Rechtsmittelklägers. Wenn der Rechtsmittelbeklagte aber ebenfalls einen entsprechenden Antrag stelle, so werde der Rechtsstreit doch erst nach Einlegung des Rechtsmittels, dem für die Zulässigkeit maßgebenden Zeitpunkt, in der Hauptsache beendet.

Das Reichsgericht hielt somit an dem Grundsatz fest, daß eine nach Einlegung des Rechtsmittels eintretende Erledigung der Hauptsache an der Zu-

lässigkeit des ordnungsmäßig eingelegten Rechtsmittels nichts ändere. Aber gerade von diesem Grundsatz aus bejahte das Reichsgericht die Zulässigkeit des Rechtsmittels, auch wenn bereits vor Einlegung des Rechtsmittels ein Erledigungsgrund eintrat, unter Hervorhebung des Gesichtspunktes, daß die Beendigung des prozessualen Rechtsstreits immer erst nach Einlegung des Rechtsmittels denkbar sei.

Allerdings ließ das Reichsgericht den andern Grundsatz, daß bei Einlegung des Rechtsmittels eine Beschwer in der Hauptsache vorhanden sein müsse, außer Erwägung. Stehen sich der Antrag des Klägers, die Hauptsache für erledigt zu erklären und der Klageabweisungsantrag des Beklagten gegenüber, so ist das allerdings ein Streit in der Hauptsache und nicht nur über den Kostenpunkt. In vielen, wohl den meisten Fällen, hat der Kläger aber nur wegen des Kostenpunktes ein Interesse daran, an Stelle des erstinstanzlichen klageabweisenden Urteils, einen Ausspruch des Berufungsgerichts dahingehend zu erlangen, daß die Hauptsache erledigt sei.

Später hat das Reichsgericht auch wieder die Notwendigkeit einer Beschwer in der Hauptsache betont — eine bestimmte Höhe der Beschwer war für die Berufung erst seit der Bekanntmachung zur Entlastung der Gerichte vom 9. September 1915 erforderlich — und von diesem Gesichtspunkt aus die Zulässigkeit des Rechtsmittels in verschiedenen Fällen verneint, in denen ein die Hauptsache erledigendes Ereignis zwischen den Instanzen eintrat [20]). Das Urteil des Reichsgerichts in RG. 33, 383 ist also für die weitere Entwicklung nicht maßgebend geworden. Wäre dies der Fall gewesen, so wäre in allen Fällen in denen auf Grund einer Änderung der materiellen Rechtslage eine Erledigung der Hauptsache eintritt, ein Rechtsmittel zulässig gewesen. So aber wurde eine einheitliche Rechtsprechung nur für die Fälle erzielt, in denen das die Hauptsache erledigende Ereignis nach Einlegung des Rechtsmittels eintrat.

Die Grundlagen dieser gesamten Rechtsprechung aber wurden durch ein Urteil des Reichsgerichts vom 25. Oktober 1910 [21]) erschüttert. Hier verließ das Reichsgericht, zunächst ohne nähere Begründung und ohne Auseinandersetzung mit der früheren Rechtsprechung, den bis dahin allgemein anerkannten Grundsatz, daß der Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels für dessen Zulässigkeit entscheidend sei. Statt dessen forderte das Reichsgericht ganz allgemein ohne Einschränkung für die Fälle der Erledigung der Hauptsache, daß die Beschwer in Höhe der Beschwerdesumme bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vorhanden sein müsse.

In RG. 76, 292 wird diese Ansicht näher begründet und zunächst dargelegt, daß im Hinblick auf § 4 ZPO. der Beschwerdegegenstand und seine Wertberechnung auseinanderzuhalten seien. Nur soweit Wertänderungen bei gleichbleibendem Streitgegenstand in Betracht kämen, sei gemäß § 4 ZPO. der Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels entscheidend. Ändere sich dagegen der Streitgegenstand selbst, so sei mangels einer besonderen Bestimmung die allgemeine Regel anzuwenden, daß die Entscheidung auf Grund

---

20) RG. i. JW. 09, 693; RG. Gruch. 52, 1116; 57, 1057; vgl. auch RG. 45, 412; RG. i. JW. 99, 366.

21) RG. 74, 325.

der letzten mündlichen Verhandlung erfolge, auch dann, wenn sich der Umfang des Beschwerdegegenstandes durch zufällige äußere Ereignisse ändere.

Dieses Urteil wurde für die spätere Rechtsprechung sehr bedeutungsvoll[22]), ohne daß auf dieser Grundlage eine Einheitlichkeit erzielt werden konnte, vielmehr trat im Gegenteil eine völlige Verwirrung der Rechtslage ein.

Vielfach wurde die neue Rechtsprechung des Reichsgerichts einfach ignoriert[23]). In andern Entscheidungen wurde zwar die neue Rechtsprechung, wonach die Beschwer in der Hauptsache bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vorhanden sein muß, zugrundegelegt, gleichzeitig aber hervorgehoben, daß bei einer Erledigung der Hauptsache der Kostenanspruch seine Eigenschaft als Nebenforderung verliere und daher gemäß § 4 ZPO. bei der Berechnung des Beschwerdeobjekts zu berücksichtigen sei[24]). In einer anderen Entscheidung wurde diese Methode wieder ausdrücklich abgelehnt[25]).

Im übrigen hatte das Reichsgericht nunmehr auch in den Fällen, in denen sich die Hauptsache nach Einlegung des Rechtsmittels erledigte, die Grundsätze zur Anwendung zu bringen, die es vorher schon für die Fälle der zwischeninstanzlichen Erledigung der Hauptsache entwickelt hatte[26]), das Rechtsmittel blieb somit zulässig, wenn die Erledigung der Hauptsache die Beschwer nicht vollständig beseitigte, insbesondere, wenn ein mit der materiellen Sachlage nicht mehr übereinstimmendes Urteil bestehen blieb.

Daneben trat in der Rechtsprechung eine andere Entwicklung zutage, die für das Gebiet der Erledigung der Hauptsache ein möglichst lückenloses Rechtsmittelsystem anstrebte, wobei insbesondere die Fälle interessierten, in denen das die Hauptsache erledigende Ereignis zwischen den Instanzen eintrat. Einem Beschluß des V. Zivilsenats des Reichsgerichts[27]) lag ein Fall zugrunde, in welchem der Kläger in erster Instanz unterlegen war, dann aber, noch vor Einlegung des Rechtsmittels, befriedigt worden war. Da der Klageanspruch erloschen war, konnten dem Kläger aus der Rechtskraftwirkung des klageabweisenden Urteils keine Nachteile erwachsen. Trotzdem entschied das Reichsgericht, daß der Kläger gegen das Urteil Berufung einlegen könne, mit dem Antrage, die Hauptsache für erledigt zu erklären und dem Beklagten die Kosten aufzuerlegen.

Um eine nähere Begründung dieses Standpunktes, die dem Beschluß des Reichsgerichts nicht beigegeben ist, bemühen sich Urteile des OLG. Dresden[28]) und des OLG. Hamm[29]).

---

22) Ebenso RG. 107, 53; 113, 246; 118, 149; RG. i. JW. 29, 2528; KG. Rspr. 20, 307.

23) RG. i. JW. 22, 1450 Nr. 7; KG. i. JW. 27, 400; Frkft. M. i. JW. 26, 1086.

24) RG. 118, 149; RG. Warn. 20 N 12; und wohl auch RG. i. JW. 31, 1759.

25) RG. i. JW. 31, 1036.

26) RG. 130, 393.

27) RG. i. ZZP. 55, 165.

28) OLG. Dresden Rspr. 17, 170.

29) OLG. Hamm i. JW. 31, 2518.

Bei der Besprechung der Literatur sollen die älteren Schriftsteller, die die neue Rechtsprechung des Reichsgerichts seit dem Urteil vom 25. 10. 1930 [30]) nicht berücksichtigen, außer Betracht bleiben [31]).

Mit der neueren Rechtsprechung stimmen am weitesten Stein-Jonas überein. Sie gehen ebenfalls von dem Grundsatz aus, daß eine Beschwer in der Hauptsache in Höhe der Rechtsmittelsumme ausnahmslos bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vorhanden sein müsse [32]). Aber auch nach Stein-Jonas beseitigt eine Erledigung der Hauptsache die Beschwer in diesem Punkte nicht vollständig, wenn ein Urteil bestehen bleibt, das mit der materiellen Sachlage nicht mehr übereinstimmt [33]). In den Fällen, in denen dagegen die Beschwer des Rechtsmittelklägers infolge einer neueintretenden Tatsache vollständig fortfällt, sprechen Stein-Jonas von einer Erledigung des Rechtsmittels. Hierhin wird der Fall gerechnet, daß der Anspruch begründet wird, nachdem der unterlegene Beklagte Berufung eingelegt hat, oder daß umgekehrt der Klageanspruch erlischt, nachdem das Rechtsmittel von dem in erster Instanz unterlegenen Kläger eingelegt worden ist. In diesen Fällen soll das Rechtsmittel auf Kosten des Rechtsmittelklägers verworfen werden. Nur dann soll eine Ausnahme gelten, wenn der Beklagte, der in erster Instanz ein klageabweisendes Urteil erzielt hat, in der Rechtsmittelinstanz im Sinne der Anerkennung zahlt, weil er damit seine in erster Instanz erstrittene Rechtsposition aufgebe [34]). Bei der Besprechung des in JW. 29, 2528 abgedruckten Urteils des Reichsgerichts war Jonas jedoch dem Kommentar entgegengetreten mit der Begründung, daß durch eine solche Ausnahme der Gesichtspunkt des Verschuldens unzulässigerweise in die Kostenregelung hineingetragen werde.

Sehr eingehend hat Rosenberg in der ZZP. 53 S. 385 ff. aus Anlaß der Besprechung des Urteils RG. 118, 149 zu den hier behandelten Fragen Stellung genommen. Er lehnt den Versuch des Reichsgerichts ab, bei Erledigung der Hauptsache den Beschwerdegegenstand nach den Prozeßkosten zu berechnen [35]). Wohl sei es möglich, den Kostenanspruch durch Klageänderung und Stellung eines bezifferten Antrags zur Hauptsache zu machen, ähnlich wie in den Fällen der Befriedigung des Klägers zwischen Auftragserteilung und Klageerhebung, doch sei in der Revisionsinstanz auch dieses Verfahren undenkbar [36]).

Auf diesen Notbehelf ist der Rechtsmittelkläger aber nach Rosenberg nicht angewiesen, vielmehr soll es ihm auch ohne Klageänderung gestattet sein, den Rechtsstreit bei Erledigung der Hauptsache wegen des Kostenpunktes fortzuführen [37]). Zwar vertritt auch Rosenberg die Ansicht, daß § 99 I ZPO. ein Rechtsmittel mit dem Antrag, die Hauptsache für erledigt

30) s. Anm. 24.
31) Aus der älteren Literatur ist insbesondere die Abhandlung von Lazarus über „Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozesse" Gruch. 52 S. 593 ff. hervorzuheben.
32) Stein-Jonas Vor 511 II. 2.
33) Stein-Jonas § 99 II 2 b.
34) Stein-Jonas § 99 II 2 b.
35) Rosenberg a.a.O. S. 388.
36) Rosenberg a.a.O. S. 389.
37) Rosenberg a.a.O. S. 391 ff.

zu erklären, nicht zulasse, wenn damit nur eine Abänderung der Entscheidung über den Kostenpunkt erstrebt werde [38]). Doch folgert Rosenberg aus der Wortfassung des § 99 I ZPO., insbesondere aus der Verwendung des Präsens („Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt w i r d"), daß nur im Augenblick der Einlegung des Rechtsmittels die Entscheidung über den Kostenpunkt zusammen mit der Entscheidung in der Hauptsache angefochten werden müsse, dagegen sei eine spätere Beendigung des Rechtsstreits in der Hauptsache auf die Zulässigkeit des Rechtsmittels gegen die Kostenentscheidung ohne Einfluß.

Auch Rosenberg geht von dem Grundsatz aus, daß bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung eine Beschwer in bestimmter Höhe vorhanden sein müsse, doch verlange das Gesetz die Beschwer nur im Hinblick auf den mit der Klage geltend gemachten Anspruch. Wie bei Klagerücknahme der Rechtsstreit über die Kosten fortgesetzt werden könne, so müsse auch bei Erledigung der Hauptsache das Rechtsmittel gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt aufrechtgehalten werden können [39]).

Erledigt sich die Hauptsache nur teilweise, so will Rosenberg, ähnlich wie bei teilweiser Klagerücknahme, in Bezug auf die Kosten des erledigten Teils ebenso verfahren, wie bei völliger Erledigung der Hauptsache [40]). Wegen des nicht erledigten Teils muß Rosenberg das Rechtsmittel als unzulässig verwerfen, wenn der Restanspruch die Rechtsmittelsumme nicht mehr erreicht. Rosenberg will dem Rechtsmittelkläger aber gestatten, die Hauptsache auch wegen des nichterledigten Teils für erledigt zu erklären, damit er auch insoweit eine Abänderung der Kostenentscheidung erzielen könne. Neben den materiellen Erledigungsgründen will Rosenberg also auch prozeßrechtliche anerkennen.

Zwiespältig ist die Stellungnahme Walsmanns. Bei der Besprechung eines reichsgerichtlichen Urteils vertritt Walsmann die Ansicht, daß durch die Erledigung der Hauptsache die Berufung gemäß § 99 I ZPO. immer unzulässig werde. weil sich der Streit dadurch auf die Entscheidung über den Kostenpunkt beschränke [41]). Unvereinbar damit ist es, wenn Walsmann, ohne seiner früheren Meinung ausdrücklich entgegenzutreten, in seiner Anschlußberufung auf S. 92 f. schreibt: „Wenn die Beschwer sich dadurch erledigt, daß der streitige Anspruch erfüllt wird, oder daß die geforderte Leistung unmöglich wird oder aus ähnlichen Gründen, so hat dieser Umstand niemals zur Folge, daß die Berufung unzulässig wird. Das Bestehen des Urteils mit seiner Rechtskraftwirkung ist eine hinreichende formale Grundlage, um die Einleitung des Berufungsverfahrens zu rechtfertigen. Das ist für den Fall, daß diese Umstände erst eintreten, nachdem die Berufung eingelegt ist, nicht bestritten (?), da für die Zulässigkeit der Berufung der Zeitpunkt der Einlegung maßgebend ist und schon deshalb die Veränderung der Umstände wirkungslos bleiben muß. Es muß trotz des Widerspruchs der h. M. auch

38) Rosenberg i. ZZP. 55, 165 f.
39) Rosenberg a.a.O. S. 392.
40) Rosenberg a.a.O. S. 393.
41) Walsmann i. JW. 28, 508.

für den Fall gelten, daß die Veränderung vor der Einlegung erfolgt ist." Die Schwierigkeiten, die § 99 ZPO. dieser Ansicht in den Weg legt, berührt Walsmann nicht.

Im übrigen vertritt Walsmann ganz allgemein die Ansicht, daß die Höhe der Beschwer nur im Augenblick der Einlegung des Rechtsmittels zu prüfen sei [42]). Es soll also sowohl die spätere Erledigung der Hauptsache, wie die nachträgliche freiwillige Ermäßigung der Anträge an der Zulässigkeit des einmal ordnungsmäßig eingelegten Rechtsmittels nichts mehr ändern. Damit geht Walsmann wesentlich weiter als die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts, die bei teilweisem Verzicht auf das Rechtsmittel dessen Zulässigkeit im Hinblick auf die Beschwer in der Hauptsache neu prüfte.

Walsmann meint, es sei ein Unding, daß nachträgliche Ereignisse dazu führen könnten, das Recht der Berufung zu verneinen, nachdem dieses einmal in voller Richtigkeit für gegeben erklärt worden sei [43]). Weiter führt Walsmann aus, daß die Beurteilung der Zulässigkeit nach dem Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels nicht zu einer stärkeren Belastung der Gerichte führe, als wenn man die Beschwer in der Hauptsache bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung fordere, denn der Rechtsmittelkläger würde seine Anträge einfach nicht unter die Rechtsmittelsumme ermäßigen, wenn er fürchten müßte, daß damit das Rechtsmittel als unzulässig verworfen werde [44]).

III.

Die §§ 511a, 546 ZPO. sind das eine Hindernis, das einer zweckentsprechenden Kostenentscheidung in den Fällen der Erledigung der Hauptsache in der Rechtsmittelinstanz anscheinend im Wege steht. Legt man diese Vorschriften, die die Zulässigkeit des Rechtsmittels in vermögensrechtlichen Streitigkeiten von dem Vorhandensein einer Beschwer in bestimmter Höhe abhängig machen, mit dem Reichsgericht dahin aus, daß diese Beschwer bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung gegeben sein müsse, so führt dies zur Verwerfung des Rechtsmittels als unzulässig, wenn durch die Erledigung der Hauptsache die Beschwer ganz fortfällt oder unter die Beschwerdesumme herabsinkt.

Diese Konsequenz vermeidet Walsmann, der das Vorhandensein der Beschwer immer nur im Augenblick der Einlegung des Rechtsmittels prüfen will.

Gegen Walsmann ist jedoch daran festzuhalten, daß grundsätzlich die Entscheidung auf Grund der letzten mündlichen Verhandlung zu erfolgen hat. Dieser Grundsatz gilt sowohl hinsichtlich der materiellen wie der prozessualen Voraussetzungen, von denen die Entscheidung abhängt. Nur wo das Gesetz ausdrücklich etwas anderes bestimmt oder aus sonstigen zwingenden Gründen Ausnahmen zu gelten haben, kann dieser Grundsatz verlassen werden. Solche zwingenden Gründe kann Walsmann jedoch für seine Ansicht nicht anführen.

42) Walsmann a.a.O. S. 99 ff.
43) Walsmann a.a.O. S. 60.
44) Walsmann a.a.O. S. 100 f.

Es ist nichts Absonderliches, wenn das Gericht seine Entscheidung, daß das Rechtsmittel zulässig sei, auf Grund neuer Ereignisse abändert. Merkwürdig dagegen wäre es, wenn das Berufungs- oder Revisionsgericht wegen kleinster Restansprüche die Fortführung des Rechtsstreits zulassen müßte.

Demgegenüber versucht Walsmann zwar darzulegen, daß der Rechtsmittelkläger seine Anträge einfach nicht ermäßigen würde, wenn er alsdann die Verwerfung des Rechtsmittels fürchten müßte. Dies ist aber nur richtig, wenn es sich um kleine Schwankungen handelt, wenn der Rechtsmittelkläger z. B. ursprünglich 110.— RM gefordert hat, dann aber erkennt, daß er nur mit 90.— RM durchdringen wird. Erkennt er aber, daß er nur mit 10.— RM Erfolg haben wird, so wird er es sicher vorziehen, das Rechtsmittel ganz zurückzuziehen, als es in Höhe der vom Gesetz geforderten Beschwerdesumme aufrechtzuerhalten. Die Kostennachteile würden hier in keinem Verhältnis zum Erfolg stehen.

Die Ansicht Walsmann würde auch die Gefahr erhöhen, daß eine an sich unzulässige Berufung durch Übersetzung der Berufungsanträge durchgeführt werden könnte. Allerdings besteht ganz allgemein die Gefahr, daß der Rechtsmittelkläger, nur um die Rechtsmittelsumme zu erreichen, seine Anträge übersetzt, obgleich er weiß, daß er nur mit einem die Rechtsmittelsumme nicht erreichenden Betrag durchdringen wird. Das ist natürlich nur möglich, wenn die absolute Beschwer, d. h. der Unterschied zwischen den in erster Instanz gestellten Anträgen und dem Urteil, die Rechtsmittelsumme erreicht. Außerdem sind sowohl nach dem Reichsgericht [45]) wie nach Walsmann [46]) die Rechtsmittelanträge auf ihre Ernstlichkeit zu prüfen. In vielen Fällen aber wird es dem Rechtsmittelkläger gelingen, die Ernstlichkeit seiner Anträge vorzutäuschen [47]), und ist dann nach Walsmann grundsätzlich nicht gehindert, die Anträge später auf das erfolgversprechende Maß herabzusetzen, während die Rechtsprechung des Reichsgerichts den Rechtsmittelkläger zwingt, seine übersetzten Anträge bis zum Schluß aufrechtzuhalten. Die damit verbundenen Kostennachteile bilden einen wirksamen Schutz gegen dieses Verfahren.

Gegenüber Walsmann ist daher mit dem Reichsgericht daran festzuhalten, daß grundsätzlich bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung die Beschwer in Höhe der Rechtsmittelsumme vorhanden sein muß, daß jedenfalls eine freiwillige Einschränkung der Rechtsmittelanträge bis unter die Rechtsmittelsumme das Rechtsmittel unzulässig macht.

Doch soll Gegenstand der weiteren Untersuchung bleiben, ob dieser Grundsatz keine Ausnahme erleidet, oder ob nicht doch in den Fällen, in denen die Beschwer in der Hauptsache durch nachträgliche, vom Verhalten des Rechtsmittelklägers unabhängige Ereignisse fortfällt, über den Kostenpunkt weitergestritten werden kann. Dabei mag zunächst mit dem Reichsgericht festgestellt werden, daß nicht jede Erledigung der Hauptsache die Beschwer in diesem Punkte beseitigt, daß insbesondere der Beklagte durch das verurteilende Erkenntnis erster Instanz beschwert bleibt, auch wenn der

45) RG. 102, 290 c. cit.
46) Walsmann S. 101.
47) s. insbes. RG. a.a.O.

Klageanspruch unstreitig erlischt [48]). Aber auch wenn man dem Begriff der Beschwer diese gewiß weite Auslegung gibt — der Beklagte könnte sich ja auch durch eine Vollstreckungsgegenklage gegen eine mißbräuchliche Ausnutzung des erstinstanzlichen Urteils wehren, — so bleiben doch die wichtigsten Fälle ungelöst.

Dies gilt einmal für den Fall, in dem der Beklagte lediglich die Fälligkeit der eingeklagten Forderung bestreitet und in der ersten Instanz ein kageabweisendes Urteil erzielt hat. Hier braucht der Beklagte die Berufung auch bei durchschlagenden neuen Beweismitteln nicht zu fürchten, wenn er damit rechnen kann, den Prozeß bis zu dem von ihm zugegebenen Fälligkeitstermin hinauszuziehen. Erfüllt er nämlich dann sofort, so fällt die Beschwer des Klägers in der Hauptsache vollständig fort. Insbesondere entspricht ja das klageabweisende Urteil erster Instanz nunmehr der durch die Zahlung geänderten Rechtslage.

Der Beklagte entginge somit trotz ungünstigster Prozeßlage der Kostenlast des Rechtsmittelverfahrens wie auch einer Abänderung der erstinstanzlichen Kostenentscheidung. Ja, er könnte es sich sogar leisten, einen die Rechtsmittelsumme nicht erreichenden Betrag auch von der Klageforderung unbeglichen zu lassen, ohne daß der Kläger dies in anderer Weise, als durch das zweifelhafte Mittel der Zurückweisung von Teilleistungen verhindern könnte [49]). In der Revisionsinstanz wäre diese Folgerung wegen der Höhe der Revisionssumme doppelt unerträglich.

Der Kläger müßte sich in diesen Fällen, in denen lediglich die Fälligkeit streitig ist, reiflich überlegen, ob er von der Möglichkeit eines Rechtsmittels Gebrauch machen soll. Hat der Rechtsstreit in erster Instanz schon lange gedauert, und steht der vom Beklagten zugegebene Fälligkeitstermin nicht mehr weit aus, so wäre es töricht, Berufung gegen das klageabweisende Urteil einzulegen, da diese bei der zu erwartenden Zahlung des Beklagten als unzulässig verworfen werden müßte. Außerdem würde sich der Kläger der Gefahr aussetzen, daß der Beklagte die Situation ausnutzt und nur einen Teil zahlt. Praktisch hätte also der Kläger in diesen Fällen auch bei höchsten Objekten häufig nur eine Instanz.

Das ist umso ungerechter, als dem Beklagten hier immer die zweite Instanz offensteht, denn wenn er in erster Instanz unterliegt und dann nach Eintritt des zugegebenen Fälligkeitstermins zahlt, so bleibt er doch durch das verurteilende Erkenntnis erster Instanz in der Hauptsache beschwert.

Die Unhaltbarkeit der Theorie, die eine Beschwer in der Hauptsache ausnahmslos bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung fordert, wird am deutlichsten sichtbar an dem Fall, in dem der abgewiesene Kläger Berufung einlegt und der Beklagte danach im Sinne der Anerkennung zahlt, etwa weil die erneute Beweisaufnahme ungünstig verlaufen ist. Auch in diesem Falle fällt die Beschwer des Klägers vollständig fort, und wenn man konsequent dabei bleibt, daß die Beschwer bis zur letzten mündlichen Verhandlung vorhanden sein muß, so bleibt auch hier nichts anderes übrig, als die Berufung auf Kosten des Klägers zu verwerfen.

---

48) RG. 27, 407; 130, 393.
49) s. Anm. 16.

Dieser Fall ist deshalb hervorzuheben, weil hier die Erledigung der Hauptsache dadurch eintritt, daß der Beklagte sich durch die Zahlung als unterlegen bekennt, der Kläger aber trotzdem die Kosten seines erfolgreichen Prozesses zu tragen haben würde. Auch bestände wieder die Möglichkeit, daß der Beklagte nur einen Teil der Forderung, deren Berechtigung er nicht mehr bestreiten kann, begleicht.

Bei der Lösung dieser Fälle ist hervorzuheben, daß mit der Verwerfung des Rechtsmittels als unzulässig nicht nur die angefochtene Entscheidung rechtskräftig wird, sondern daß dies gleichzeitig die Prozeßkostenpflicht des Rechtsmittelklägers hinsichtlich des Rechtsmittels zur Folge hat, § 97 ZPO. Fordert man nun ausnahmslos eine Beschwer in der Hauptsache bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung, so bedeutet das, daß der Rechtsmittelkläger für den Fall, daß die Beschwer durch Erledigung der Hauptsache fortfällt, das Prozeßkostenrisiko trüge, d. h. der Rechtsmittelkläger müßte bei Einlegung des Rechtsmittels damit rechnen, daß er unbedingt prozeßkostenpflichtig wird, wenn infolge neueintretender Tatsachen — die auch in Handlungen des Rechtsmittelbeklagten bestehen können — die Hauptsache sich erledigt und seine Beschwer in diesem Punkte fortfällt.

Man weiß zwar, daß man dem Rechtsmittelkläger das Prozeßkostenrisiko hinsichtlich des Rechtsmittels auferlegt, wenn man ausnahmslos die Beschwer in der Hauptsache bis zur letzten mündlichen Verhandlung fordert [50]), man scheint sich aber nicht bewußt zu sein, daß damit ein ganz neuer Gedanke in das geltende Recht eingeführt wird.

Das grundlegende Prozeßkostenprinzip ist das des § 91 ZPO., wonach der Unterliegende die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. Im 1. Teil der Schrift ist ausgeführt worden, daß dieser Grundsatz bei sämtlichen Arten der Beendigung des Rechtsstreits zur Anwendung kommt, insbesondere auch bei freiwilliger Beendigung durch Klagerücknahme, Anerkenntnis usw. Auch bei Erledigung der Hauptsache kommt § 91 ZPO., allerdings nur analog zur Anwendung.

Von dem Grundsatz, daß der Unterliegende die Kosten trägt, kennt das Gesetz nur wenige, besonders bestimmte Ausnahmen. So können gemäß §§ 95, 97 II ZPO. einer Partei trotz ihres Sieges die Kosten auferlegt werden, wenn sie diese schuldhaft verursacht hat, und der Fall des § 93 ZPO. mußte besonders geregelt werden, weil sich hier der Beklagte auf den Streit nicht einläßt, bei mangelnder Existenz eines Streites aber niemand unterliegen kann.

Dagegen gibt es in der Zivilprozeßordnung keinen Fall, in dem eine Partei ohne Rücksicht auf den Ausgang des Rechtsstreits und ohne Verschulden die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hätte. Nur in dem Sinne könnte man von dem Prozeßkostenrisiko des Klägers sprechen, als er möglicherweise trotz seines Sieges die Kosten vom Gegner nicht eintreiben kann. Das ist aber eine ganz andere Frage.

Nach § 97 ZPO. gilt auch für die Rechtsmittelinstanz der Grundsatz, daß der Unterliegende die Kosten des Rechtsmittels zu tragen hat. Auch hier kommt dieser Grundsatz bei allen Arten der Beendigung des Rechtsstreits,

50) Stein-Jonas § 99 II 2 b α.

bei Klagerücknahme, Klageverzicht, Anerkenntnis usw. zur Anwendung. Nur wenn der Rechtsstreit auch in der Hauptsache durch Veränderung der Rechtslage erledigt, soll der Rechtsmittelkläger ohne Rücksicht auf die Prozeßlage die Kosten tragen.

Auch in der ersten Instanz hätte es nahe gelegen, dem Kläger ohne weiteres die Kosten aufzuerlegen, wenn sich die Hauptsache erledigt, denn für die Beurteilung der materiellen Rechtslage ist die letzte mündliche Verhandlung maßgebend und wenn die Klage zuvor infolge Veränderung der Rechtslage unbegründet wird, so würde sie, wenn man bei der Regel bliebe, abgewiesen werden müssen, wenn sie nicht zurückgezogen wird [51]). In Bezug auf die Kostenlast wurde das bedeuten, daß der Kläger in erster Instanz das Prozeßkostenrisiko für den Fall der Erledigung der Hauptsache trüge.

In erster Instanz erschien es untragbar, dem Kläger die unbedingte Gefahr des Prozeßkostenverlustes für den Fall des nachträglichen Erlöschens seines Klageanspruchs aufzubürden, und man bildete deshalb besondere Grundsätze heraus, die unter Anlehnung an das allgemeine Prozeßkostenprinzip der Sachlage gerecht wurden. In der höheren Instanz findet man sich mit dem in erster Instanz untragbaren Ergebnis ab, weil der Grundsatz, daß die Beschwer bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vorhanden sein muß, als unüberwindliches Hindernis angesehen wird. Dabei wird der frühere Standpunkt des Reichsgerichts, wonach die Erledigung der Hauptsache an der Zulässigkeit des Rechtsmittels nichts mehr änderte, mit der Begründung verworfen, daß es nicht angehe, die Zulässigkeit des Rechtsmittels in der einen Beziehung nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung und in anderer Beziehung nach einem anderen Zeitpunkt zu beurteilen [52]).

Demgegenüber ist hervorzuheben, daß das Gesetz jedenfalls einen Fall kennt, in dem trotz Wegfalls der Beschwer in der Hauptsache die Zulässigkeit des Rechtsmittels gegen die Kostenentscheidung unberührt bleibt: Ist der Beklagte in erster Instanz verurteilt und nimmt der Kläger in der Berufungsinstanz — mit Einwilligung des Beklagten — die Klage zurück, so bleibt das Rechtsmittel des Beklagten gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt trotz Fortfalls der Beschwer in der Hauptsache zulässig, denn gemäß § 271 ZPO kann der Beklagte verlangen, daß der Kläger in die Kosten des gesamten Rechtsstreits verurteilt wird.

Rosenberg [53]) sieht das Wesentliche dieses Falles darin, daß trotz Wegfalls des Klageanspruches das Rechtsmittel gegen die Kostenentscheidung zulässig bleibt. Wie nun bei teilweiser Klagerücknahme das Rechtsmittel wegen des Restes unzulässig wird, wenn dieser die Rechtsmittelsumme nicht mehr erreicht, so soll nach Rosenberg auch bei teilweiser Erledigung der Hauptsache das Rechtsmittel wegen des Restes unzulässig werden. Wenn der Beklagte also durch Anerkenntniserfüllung die Beschwer nur teilweise beseitigt, so würde er damit nach Rosenberg erreichen, daß das Rechtsmittel wegen des Restes unzulässig wird, wenn dieser die Rechtsmittelsumme nicht

51) So tatsächlich KG. Rspr. 9, 60. OLG. Naumburg i. JW. 30, 177; OLG. Breslau i. JW. 30, 1086.
52) Stein-Jonas § 99 II 2 b.
53) Rosenberg i. ZZP. 53, 392.

mehr erreicht. Rosenberg will in diesem Falle die Möglichkeit gewähren, die Hauptsache auch wegen des Restes für erledigt zu erklären, damit der Rechtsmittelkläger wenigstens eine Abänderung der vorinstanzlichen Kostenentscheidung erzielen kann. Das bedeutet für die Revisionsinstanz, daß der Revisionskläger u. U. auf einen Betrag bis zu 6000.— RM verzichten müßte.

Gegen Rosenberg ist einzuwenden, daß der Fall der Erledigung der Hauptsache nicht genau so behandelt werden kann wie die Klagerücknahme, wenn man nicht zu willkürlichen Ergebnissen gelangen will. Bei teilweiser Klagrücknahme besteht kein Bedenken, das Rechtsmittel wegen des Restes als unzulässig zu verwerfen, wenn dieser die Rechtsmittelsumme nicht mehr erreicht, denn die Klagrücknahme ist ja nur noch bei übereinstimmendem Willen der Parteien möglich § 271 ZPO. Die Erledigung der Hauptsache, insbesondere auch der Umfang dieser Erledigung, hängt aber nicht vom freien Willen des Rechtsmittelklägers ab, vielmehr muß der Kläger bei nachträglichem völligen oder teilweisen Erlöschen des Klageanspruchs seine Anträge in entsprechendem Umfang auf den Kostenpunkt beschränken, wenn er nicht der Klageabweisung verfallen will.

Ohne also mit Rosenberg den Fall der Klagerücknahme zu weitgehend zu verallgemeinern, ist doch die Besonderheit festzuhalten, daß hier das Rechtsmittel gegen die vorinstanzliche Kostenentscheidung trotz Wegfalls der Beschwer in der Hauptsache zulässig bleibt.

Die Notwendigkeit einer weiteren Ausnahme von dem Grundsatz, daß die Beschwer in der Hauptsache bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vorhanden sein muß, ergibt sich zwingend für den Fall, in dem der Kläger Berufung gegen das klageabweisende Urteil eingelegt hat und der Beklagte daraufhin im Sinne der Anerkennung zahlt. Wollte man hier die Berufung wegen des Fortfalls der Beschwer als unzulässig verwerfen, so würde damit nicht nur die erstinstanzliche, den Kläger belastende Kostenentscheidung rechtskräftig, sondern dem Kläger müßten trotz des Erfolges auch die Rechtsmittelkosten auferlegt werden. Diese letztere Konsequenz würde nur formal dem § 97 ZPO. entsprechen, in Wirklichkeit aber eine Verletzung dieser Vorschrift bedeuten.

Erkennt der Beklagte in der Berufungsinstanz wegen Aussichtslosigkeit der weiteren Rechtsverfolgung den Anspruch an ohne zu erfüllen, so ergeht ein Anerkenntnisurteil, das ihm die Kosten des ganzen Prozesses auferlegt. Erfüllt er aber gleichzeitig die Klageforderung, so würde der Kläger die Prozeßkosten zu tragen haben, wenn man immer bis zur letzten mündlichen Verhandlung eine Beschwer in der Hauptsache fordert.

Weil dieses Ergebnis einfach unmöglich ist, soll nach Stein-Jonas für diesen Fall der Anerkenntniserfüllung eine Ausnahme gelten, und zwar soll in diesem Falle der Beklagte deshalb die Kosten tragen, weil er die in erster Instanz erstrittene Rechtsposition freiwillig aufgibt [54]). Nachdem Jonas zeitweilig an der Richtigkeit dieses Ergebnisses gezweifelt hat [55]), vertritt er also nunmehr wieder die auch hier geteilte Ansicht.

---

54) Stein-Jonas § 99 II 2 b a.
55) Jonas i. JW. 29, 2528. s. Anm. 34.

Dem freiwillig unterliegenden Beklagten können die Kosten sowohl des Rechtsmittels wie der ersten Instanz aber nur dann auferlegt werden, wenn der Kläger und Rechtsmittelkläger sein Rechtsmittel gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt trotz Wegfalls der Beschwer in der Hauptsache aufrechterhalten kann. Wie bei der Klagerücknahme ist also auch in diesem Falle das Rechtsmittel von dem Fortbestand der Beschwer in der Hauptsache unabhängig, es kommt vielmehr nur darauf an, ob die Zulässigkeit des Rechtsmittels bereits im Zeitpunkt der Einlegung gegeben war.

Somit zeigen Stein-Jonas selbst die Unhaltbarkeit ihres Standpunktes: „Eine unterschiedliche Behandlung dahin, daß über die Zulässigkeit des Rechtsmittels in der einen Beziehung nach diesem und in der anderen nach jenem Zeitpunkt zu entscheiden wäre, geht nicht an; die Zulässigkeit ist vielmehr einheitlich nach dem Zeitpunkt der Entscheidung zu beurteilen“ [56]).

In den Fällen der Erledigung der Hauptsache stehen sich der Grundsatz, daß die Beschwer in der Hauptsache bis zur letzten mündlichen Verhandlung gegeben sein muß, und die allgemeinen Prozeßkostenregeln unvereinbar gegenüber. Entweder fordert man ausnahmslos die Beschwer in der Hauptsache bis zur letzten mündlichen Verhandlung, dann muß man die allgemeinen Kostenregeln verlassen und dem Rechtsmittelkläger für die Fälle der Erledigung der Hauptsache das Prozeßkostenrisiko aufbürden, oder man entscheidet auch bei Erledigung der Hauptsache in der Rechtsmittelinstanz nach allgemeinen Grundsätzen, dann aber macht man die Zulässigkeit des Rechtsmittels in diesen Fällen vom Fortbestehen einer Beschwer unabhängig.

Wie dieser Konflikt zu lösen ist, entscheidet der besprochene Fall der Anerkenntniserfüllung des Beklagten. In diesem Fall erzwingt sich das allgemeine Prozeßkostenprinzip gegenüber dem Grundsatz, daß die Beschwer in der Hauptsache bis zur letzten mündlichen Verhandlung gegeben sein muß, den Vortritt. Diesen Vortritt wird man ihm nach dem Willen des Gesetzes somit auch in andern Konfliktsfällen lassen müssen, d. h. bei Erledigung der Hauptsache ist die Entscheidung über die Prozeßkosten ohne Rücksicht auf die Weiterexistenz einer Beschwer in der Hauptsache nach allgemeinen Grundsätzen zu treffen. Eine derartige Entscheidung setzt voraus, daß das Rechtsmittel gegen die allein in Streit verbleibende Entscheidung über den Kostenpunkt zulässig bleibt.

IV.

Allerdings steht dieser Lösung noch das Argument entgegen, daß § 99 I ZPO. die Unzulässigkeit des Rechtsmittels gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt nach sich ziehe, wenn das Rechtsmittel gegen die Entscheidung in der Hauptsache aufgegeben werde.

Eine nähere Untersuchung des § 99 ZPO., insbesondere seiner Entstehungsgeschichte soll jedoch zeigen, daß § 99 I ZPO. nicht die Fälle trifft, in denen sich der Rechtsstreit durch Erledigung der Hauptsache auf den Kostenpunkt konzentriert, sondern daß diese Bestimmung eine selbständige

56) Stein-Jonas § 99 II 2 b.

Anfechtung der Kostenentscheidung nur dann verbieten will, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache ergangen ist, die unangefochten bestehen bleibt.

Die Kostenentscheidung ist von der Entscheidung in der Hauptsache abhängig, und es bestehen bestimmte Gefahren, wenn man die Entscheidungen voneinander trennen wollte. Die Beschränkung der Anfechtbarkeit der Kostenentscheidung ist jedoch auf das aus der inneren Verbundenheit von Kostenentscheidung und Entscheidung in der Hauptsache sich ergebende Maß zurückzuführen.

Bei der Betrachtung der Geschichte des § 99 ZPO., des ursprünglichen § 94 CPO., muß man sich den Umstand vergegenwärtigen, daß der Absatz III des § 99 ZPO., der die sofortige Beschwerde gegen die nach Erledigung der Hauptsache in erster Instanz ergehende Kostenentscheidung gewährt, erst durch die Reichsjustiznovellen von 1897/98 in das Gesetz eingeführt worden ist. Zuvor war die Frage umstritten, ob nicht das allgemeine Rechtsmittel gegen die sog. isolierte Kostenentscheidung zulässig sei oder ob § 99 ZPO. (§ 94 CPO.) dies verbiete. Für die Fälle der Erledigung der Hauptsache in erster Instanz wurde so zuerst die heute noch interessierende Frage aufgeworfen, ob § 99 I ZPO. nur eine Trennung der Kostenentscheidung von der unangefochtenen bestehen bleibenden Entscheidung in der Hauptsache verbieten will, oder ob die Kostenentscheidung ausnahmslos von einer selbständigen Anfechtung ausgeschlossen sein soll, also auch dann, wenn durch Erledigung der Hauptsache — mag sie in der ersten Instanz oder später eintreten — eine Entscheidung in der Hauptsache entweder gar nicht ergeht, oder später doch ihre Bedeutung verliert.

In der Entwicklungsgeschichte des § 94 CPO. spielten außer dem gemeinen Recht insbesondere das französische und preußische Recht, das zum Vergleich herangezogen wurde [57]), eine Rolle. Eine Untersuchung dieser Rechte [58]) zeigt, daß trotz aller sonstigen Verschiedenheiten der einschlägigen Bestimmungen, Übereinstimmung darin bestand, daß bei einer Erledigung der Hauptsache die Entscheidung über den Kostenpunkt uneingeschränkt zur Anfechtung durch das allgemeine Rechtsmittel zuzulassen sei.

Ohne jede Einschränkung ließ das französische Recht die Anfechtung der Kostenentscheidung zu, so daß selbst bei unangefochten bestehen bleibender Entscheidung in der Hauptsache die Kostenentscheidung selbständig angefochten werden konnte.

Anders der Standpunkt des gemeinen und preußischen Rechts.

Die Zulässigkeit der Appellation des gemeinen Rechts war von einer Appellationssumme abhängig und zwar wurde diese von dem „Hauptgut" berechnet. Daraus folgte, daß wegen der sog. „Accessorien", dazu gehörte auch der Kostenanspruch, die Appellation unzulässig war. Eine Ausnahme ergab sich aber gerade für den Fall, das infolge der Erledigung der Hauptsache der Kostenanspruch selbst „Hauptgut" wurde. Erreichten die bisher

57) Hahn S. 200. Motive zu §§ 91, 92 des Entw. v. 1874.

58) Die folgenden Ausführungen hierüber fußen auf Birkmeyer: „Zur Auslegung des § 94 R.-C.-Pr.-O." in der Mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 320 ff.

entstandenen Prozeßkosten also die Appellationssumme, so war die erstinstanzliche isolierte Kostenentscheidung mit dem allgemeinen Rechtsmittel anfechtbar [59]). Der Grund dafür lag darin, daß bei einer Erledigung der Hauptsache der Kostenanspruch aus seiner prozessualen Abhängigkeit vom Hauptanspruch gelöst wurde [60]).

Die Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten kannte als ordentliches Rechtsmittel zunächst nur die Appellation gegen Erkenntnisse erster Instanz und die Revision gegen die Erkenntnisse der Appellationsinstanz. Über die Anfechtbarkeit von Kostenentscheidungen wurde in § 3 Nr. 2 XIV. I AGO.[61]) bestimmt: „Wenn eine Partei bloß durch das Erkenntniß wegen der Kosten gravirt zu seyn glaubt, so findet deswegen die Appellation nur in so weit Statt, als das Quantum dieser Kosten, worin die Partei verurtheilt, oder womit sie abgewiesen worden ist, die Summe von 30 Rthlr. übersteigt. Betrifft die Beschwerde bloß die Festsetzung der Kosten, so findet dagegen, soweit es gerichtliche Kosten sind, die Appellation in keinem Falle, bei außergerichtlichen aber nur insofern Statt, als die Summe, um welche, nach der Behauptung der Partei, die Kosten zu hoch oder niedrig bestimmt worden, dreißig Thaler übersteigt. Übrigens versteht es sich von selbst, daß in allen Fällen, wo gegen die Kosten keine förmliche Appellation zulässig ist, dennoch der Rekurs an die vorgesetzte Behörde, auf dem Wege einer bloßen Beschwerde, den Parteien offen bleibe.

Anh. § 110. Unter der vorgesetzten Behörde wird hier diejenige Behörde verstanden, welche, wenn die Appellation zulässig gewesen wäre, zu erkennen gehabt haben würde."

Durch die Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde vom 14. Dezember 1833 (Ges. S. S. 302—308) kam die Nichtigkeitsbeschwerde als Rechtsmittel neu hinzu, und zwar war sie gemäß § 4 II der Verordnung in allen Fällen zulässig, in denen ein ordentliches Rechtsmittel nicht gegeben war. Mit diesem Rechtsmittel konnte aber nur die Verletzung oder Außerachtlassung von Rechtsgrundsätzen, sowie die Verletzung von wesentlichen Prozeßvorschriften gerügt werden.

Danach unterlag die Kostenentscheidung grundsätzlich dem allgemeinen Rechtsmittel der Appellation und zwar war es gleichgültig, ob die Entscheidung in der Hauptsache zugleich mitangefochten wurde oder nicht. Nur wenn der Beschwerdewert von 30 Rthlr. nicht erreicht wurde oder wenn nur die Festsetzung der gerichtlichen Kosten beanstandet wurde, war die Appellation ausgeschlossen, dafür aber die Nichtigkeitsbeschwerde gegeben; diese konnte nur mit der Verletzung gesetzlicher Vorschriften begründet werden.

Außerdem konnte in den Fällen, in denen die Appellation unzulässig war, die Kostenentscheidung mit dem Rekurs angefochten werden. Doch konnte in diesem Beschwerdeverfahren der Angriff gegen den Kostentenor nicht damit begründet werden, daß der Sachtenor unrichtig sei, vielmehr war

---

59) Zahlreiche Belege für diese Auffassung bringt Birkmeyer S. 324. s. a. RG. 6, 432.

60) Birkmeyer a.a.O.

61) Fassung von 1816.

die Nachprüfung darauf beschränkt, ob der Kostentenor dem als richtig hinzunehmenden Sachtenor entsprach [62]).

Durch die Deklaration der Verordnung vom 14. Dezember 1833 über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde vom 6. April 1839 (Ges. S. S. 126—132) wurde dieser Rechtszustand einschneidend geändert, indem in Art. 1 bestimmt wurde: „Von dem Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde sind ausgeschlossen

. . 3.) die Entscheidungen über den Kostenpunkt, gegen welche die Nichtigkeitsbeschwerde nur in Verbindung mit der Hauptsache angebracht werden kann.

Wegen unrichtiger Entscheidung des Kostenpunktes findet, wenn in der Hauptsache kein Rechtsmittel zulässig oder eingelegt wird, gegen Erkenntnisse erster, nicht aber gegen Erkenntnisse zweiter Instanz der Rekurs statt, . . ."

Danach konnte die Kostenentscheidung nur noch zusammen mit der Entscheidung in der Hauptsache mit den Rechtsmitteln der Appellation, Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Konnte oder wollte die durch die Kostenentscheidung beschwerte Partei aber die Entscheidung in der Hauptsache nicht mit einem der genannten Rechtsmittel angreifen, so blieb ihr der Rekurs offen, allerdings nur gegen Erkenntnisse erster Instanz. In dem Rekursverfahren waren, nach wie vor, Angriffe gegen den Sachtenor ausgeschlossen.

Dieser Regelung der Anfechtbarkeit der Kostenentscheidung liegt der gesetzgeberische Zweck zugrunde, daß die Kostenentscheidung wegen unrichtiger Entscheidung der Hauptsache nicht abgeändert werden soll, wenn die Entscheidung unangefochten bestehen bleibt.

Diesen Zweck kann man erreichen, indem man entweder die Anfechtung der Kostenentscheidung immer nur zusammen mit der Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache zuläßt — so das gemeine Recht — oder indem man daneben die selbständige Anfechtung der Kostenentscheidung in der Weise beschränkt zuläßt, daß die Entscheidung in der Hauptsache von der angegangenen Behörde als richtig zu unterstellen ist, so daß nur die Anwendung der Kostenregeln nachgeprüft werden kann. Diese zweite Möglichkeit gewährte das Preußische Recht neben der ersten.

Immer aber bestand eine Veranlassung, die Anfechtbarkeit der Kostenentscheidung einzuschränken, nur dann, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache überhaupt ergangen war, da nur in diesem Falle die Gefahr bestand, daß mit der Abänderung der Kostenentscheidung die vorinstanzliche Entscheidung in der Hauptsache für unrichtig erklärt wurde, trotzdem aber selbst nicht abgeändert werden konnte.

Erledigte sich dagegen die Hauptsache in erster Instanz und erging nur eine Entscheidung über den Kostenpunkt, so war diese Gefahr ausgeschlossen, und für das preußische Recht bestanden ebensowenig wie für das gemeine Recht Bedenken, gegen die Kostenentscheidung das allgemeine Rechtsmittel zuzulassen [63]).

62) Birkmeyer S. 333 f.; Reusch i. Preuß. Anwalts-Zeitung 1862, S. 139 unter 20, S. 140 zu N. 35, S. 364.

63) Birkmeyer S. 334.

Auch bei den gesetzgeberischen Vorarbeiten zur Zivilprozeßordnung bot die Anfechtbarkeit der isolierten Kostenentscheidung kein Problem. Immer interessierte nur die Frage, ob bei bestehenbleibender Entscheidung in der Hauptsache die daneben ergangene Kostenentscheidung uneingeschränkt der Nachprüfung zu unterwerfen sei.

Von dem Regelfall daß die Entscheidung über den Kostenpunkt neben der Entscheidung in der Hauptsache ergangen ist, geht § 167 Z. 4 des preußischen Entwurfes, der dem § 91 I ZPO. entspricht, aus, wenn er bestimmt: „Wegen unrichtiger Entscheidung des Kostenpunktes findet nur in sofern Berufung statt, als diese zugleich in der Hauptsache eingelegt wird." Dasselbe gilt von dem § 156 des norddeutschen Entwurfs: „Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird." Diese Bestimmung ging unverändert in die Entwürfe von 1871, 1872, und 1874 als § 92 über, um schließlich als § 94 in der Zivilprozeßordnung Aufnahme zu finden.

Sowohl die Formulierung des § 94 CPO. wie die des § 167 Z. 4 des preußischen Entwurfs lassen allerdings die Auslegung zu, daß die Kostenentscheidung auch dann von der Anfechtung ausgeschlossen sein sollte, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen war. Es ist aber nicht ersichtlich, aus welchem Grunde der Gesetzgeber im Gegensatz zu den vorher geltenden Rechten die Anfechtbarkeit der Kostenentscheidung in diesen Fällen hätte einschränken sollen. Fehlt für eine derartige Auslegung des § 94 CPO. schon jeder Anhaltspunkt, so bestätigen die Motive überdies noch eindeutig, daß nur im Falle des Nebeneinanderbestehens von Kostenentscheidung und Entscheidung in der Hauptsache die Anfechtbarkeit der Kostenentscheidung eingeschränkt werden sollte[64]): „Konform dem preußischen Entwurf § 617 Z. 4 und dem norddeutschen Entwurf §156 schließt der § 92 (94) die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt aus, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Zwar ist es für eine Partei gleich drückend, ob sie einen Betrag als Kosten- oder als Hauptschuld zu zahlen hat. Es erscheint aber aus allgemeinen Gründen mißlich, Rechtsmittel (auch nur in der Form der Beschwerde) wegen unrichtiger Entscheidung des Kostenpunktes allein zuzulassen. Die Erfahrungen im Gebiete des preußischen Rechts haben dargelegt, wie schwierig in der Praxis die Beurtheilung der Entscheidung im Kostenpunkt von derjenigen über die Hauptsache zu trennen ist. Wird diese Scheidung nicht vorgenommen und erörtert behufs Prüfung der nur über den Kostenpunkt geführten Beschwerde, das höhere Gericht die Richtigkeit der in der Hauptsache ergangenen Entscheidung, so wird das principale gelegentlich eines accessorium zur Entscheidung gebracht und doch ohne materielle Einwirkung auf die Hauptsache. Es sind aber Urteile zu vermeiden, durch welche Vorentscheidungen, welche nicht beseitigt werden können, für sachlich unrichtig erklärt werden. Soll dagegen bei streng durchgeführter Trennung der Sach- und Kostenentscheidung der höhere Richter die letztere nach Maßgabe der ihn der Hauptsache nach verbindenden Entscheidung

64) Hahn, Materialien zur CPO. S. 200.

prüfen so würde sich das Rechtsmittel gegen die Absicht als eine Art Nichtigkeitsbeschwerde gestalten. Für eine solches Rechtsmittel liegt ein Bedürfnis umsoweniger vor, als die Gesetze über die Entscheidung des Kostenpunktes einfach sind, dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum gestatten und bei richtiger Entscheidung in der Hauptsache Fehlgriffe in der Anwendung kostenrechtlicher Bestimmungen nicht oft vorkommen."

Die Anfechtbarkeit der Kostenentscheidung wird für den Gesetzgeber somit nur problematisch, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache ergangen ist, mit der die Kostenentscheidung höherer Instanz in Konflikt geraten könnte. Ist eine Entscheidung in der Hauptsache überhaupt nicht ergangen, so fehlt eine solche Konfliktsmöglichkeit, und es ist kein Grund vorhanden, die Kostenentscheidung von der Anfechtbarkeit durch das allgemeine Rechtsmittel auszuschließen.

Auch das Reichsgericht stellte sich zunächst auf den Standpunkt, daß § 94 CPO. nicht von der Anfechtbarkeit der isolierten Kostenentscheidung spreche, daß darum das allgemeine Rechtsmittel zulässig sei[65]).

Dem trat ein Urteil der Vereinigten Zivilsenate vom 18. Oktober 1883[66]) mit der Begründung entgegen, daß die Prozeßkosten ihren Entstehungsgrund im Rechtsstreit hätten, von diesem in Existenz und Umfang abhängig seien und darum nicht selbst zur Hauptsache werden könnten. Mit einer für die frühere Rechtsprechung charakteristischen Argumentation wird weiter ausgeführt, daß der erste Halbsatz des § 94 CPO. („Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig") die Regel betreffend die Zulässigkeit der Anfechtung von Kostenentscheidungen darstelle, von der nur die ausdrücklich hervorgehobene Ausnahme des zweiten Halbsatzes („wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird") zugelassen sei; diese Ausnahme könne aber im Falle der isolierten Kostenentscheidung nicht zutreffen, da eine Entscheidung in der Hauptsache überhaupt nicht ergangen sei.

Über die Zweifelhaftigkeit solcher Interpretation ist heute kein Wort mehr zu verlieren. Die Fassung des Gesetzes entscheidet weder für die eine noch für die andere Ansicht, vielmehr läßt sie auch die Auslegung der früheren Urteile des Reichsgerichts zu.

Die Unanfechtbarkeit der isolierten Kostenentscheidung wurde von der Praxis drückend empfunden[67]). Das Urteil der Vereinigten Zivilsenate, das diese Rechtslage im Gegensatz zu der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts begründet hatte, stand aber einer weiteren Entwicklung der Rechtsprechung als unüberwindliches Hindernis im Wege. Schließlich sah sich der Gesetzgeber genötigt hier einzugreifen. Durch die Reichsjustiznovellen von 1897—98 wurden dem früheren §94 CPO. die Abs. II und III hinzugefügt, die im Falle des Anerkenntnisurteils die selbständige Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt gestatten und für den Fall, daß eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen ist, die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt gewähren.

---

65) RG. 6, 432; 9, 325.
66) RG. 10, 309.
67) s. Motive zum Entwurf zur Änderung des § 94 CPO. Hahn, Materialien zu den Reichsjustiznovellen S. 125.

Damit war das Problem der Anfechtbarkeit der isolierten Kostenentscheidung gelöst. Ungeregelt blieben aber die Fälle, in denen sich der Streit erst nach Einlegung des Rechtsmittels auf den Kostenpunkt konzentrierte. § 99 III ZPO. trifft diese Fälle nicht, denn er setzt voraus, daß eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen ist.

Es ist nicht erstaunlich, wenn hieraus mit einem Gegenschluß gefolgert wird, der Gesetzgeber habe in diesen Fällen ein Rechtsmittel eben nicht zulassen wollen [68]).

Dieses Argument erweist sich aber als völlig abwegig, wenn man sich die Rechtsprechung des Reichsgericht auf diesem Gebiete zur Zeit der Einführung des § 99 III ZPO. vergegenwärtigt.

Wie oben [69]) eingehend besprochen, stand die Praxis bis zu dem Urteil des Reichsgerichts vom 25. Oktober 1910, RG. 74, 325, jedenfalls darin fest, daß eine Erledigung der Hauptsache an der Zulässigkeit des Rechtsmittels nichts mehr ändern könne, wenn dieses einmal ordnungsmäßig eingelegt sei, weil mit der Einlegung des Rechtsmittels der Rechtsmittelkläger ein Recht auf Entscheidung erworben habe, und weil auch keine Entscheidung der früheren Instanz rechtswirksam bestehen bleibe, mit welcher die Entscheidung der höheren Instanz betreffend den Kostenpunkt in Widerspruch treten könnte.

In dem letzten Punkt steht diese Begründung in Widerspruch zu der besprochenen Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate RG. 10, 309, in der diesem Umstand für die Frage der Anfechtbarkeit der in der ersten Instanz nach Erledigung der Hauptsache ergehenden Kostenentscheidung keine Bedeutung beigemessen wird.

Ungeachtet dieses Gegensatzes zu einer Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate blieb die Rechtsprechung auf dem Gebiet der nach Einlegung des Rechtsmittels eintretenden Erledigung der Hauptsache fest.

Vom Standpunkt dieser gesicherten Rechtslage aus wäre die Annahme absurd, daß der Gesetzgeber durch Gewährung der sofortigen Beschwerde gegen die nach Erledigung der Hauptsache in erster Instanz ergehende Kostenentscheidung stillschweigend erklärt habe, daß bei einer späteren Konzentrierung des Rechtsstreits auf den Kostenpunkt ein Rechtsmittel nicht zulässig sei. Durch Einführung der Abs. II und III des § 99 ZPO. sollte doch gerade die Lücke geschlossen werden, die sich aus dem Mangel eines Rechtsmittels gegen die in erster Instanz ergehende isolierte Kostenentscheidung ergab.

In der Begründung zu dem Entwurf zur Änderung des damaligen § 94 CPO. heißt es [70]): „Die über die Verpflichtung zur Kostentragung ergangene Entscheidung ist nach dem geltenden Recht nur unter der Voraussetzung anfechtbar, daß ein Rechtsmittel auch gegen die Entscheidung in der Hauptsache eingelegt wird. Obschon sich diese Vorschrift im Allgemeinen bewährt hat, wird sie vielfach dann als unbillige Beeinträchtigung der Rechtsverfolgung empfunden, wenn nur über den Kostenpunkt entschieden worden ist,

---

68) RG. i. JW. 31, 1036; Walsmann i. JW. 28, 508; Stein-Jonas i. JW. 31, 2518.

69) s. Abschn. II, 1.

70) Hahn, Materialien zu den Reichsjustiznovellen 1897—98, S. 125.

während die Hauptsache durch Vergleich, durch nachträgliche Befriedigung oder in sonstiger Weise ihre Erledigung gefunden hat. In diesem Fall ist die Gefahr ausgeschlossen, daß der höhere Richter zu einer Entscheidung auf Grund von Erwägungen gelangt, die mit dem der Änderung nicht mehr unterliegenden Urteil in Widerspruch treten. Der Entwurf läßt daher die selbständige Anfechtung der den Kostenpunkt betreffenden Entscheidung zu."

Für die damalige Rechtsprechung des Reichsgerichts, die die Zulässigkeit des Rechtsmittels von der nachträglichen Erledigung der Hauptsache unberührt sein ließ, war ebenfalls maßgebend, daß „keine unangefochtene Entscheidung der früheren Instanz rechtswirksam bestehen" blieb, „mit welcher die Entscheidung der höheren Instanz in Widerspruch treten könnte" [71]).

Diese Begründung erfuhr mit der Einführung des Abs. III des § 99 ZPO. also geradezu ihre legislative Rechtfertigung.

Zunächst dachte daher auch niemand daran, diese Bestimmung zu einem Umkehrschluß zu benutzen, vielmehr blieb zunächst das Rechtsmittel trotz nachträglicher Erledigung der Hauptsache unzweifelhaft zulässig.

Erst als das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 25. Oktober 1910, RG. 74, 325, überraschend und zunächst ganz unmotiviert seinen alten Standpunkt verließ und ausnahmslos eine Beschwer in der Hauptsache bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung verlangte, wurde nachträglich auch § 99 III ZPO. unter völliger Außerachtlassung der gesetzgeberischen Absicht zur Begründung herangezogen [72]).

Es ist bekannt, daß überall, wo ein argumentum e contrario möglich ist, auch ein Analogieschluß zur Rechtfertigung des gegenteiligen Ergebnisses logisch zulässig ist. Betrachtet man § 99 III ZPO. im Zusammenhang der historischen Entwicklung, so wird man sicherlich die Folgerung fallen lassen, daß nur im Falle der Erledigung der Hauptsache in erster Instanz von § 99 ZPO. ein selbständiges Rechtsmittel gegen die Kostenentscheidung zugelassen werde, vielmehr wird man gerade in dieser Bestimmung eine Rechtfertigung der Ansicht finden, daß auch in dem analogen Falle der Erledigung der Hauptsache in der Rechtsmittelinstanz die Zulässigkeit des Rechtsmittels gegen die Kostenentscheidung von der Aufrechterhaltung des Rechtsmittels gegen die Entscheidung in der Hauptsache unabhängig ist.

Diese Ansicht bedeutet eine Rückkehr zu der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts, das seinen Standpunkt dahin formulierte, daß der Rechtsmittelkläger mit der Einlegung des Rechtsmittels ein Recht auf das Rechtsmittel erworben habe, das er nur durch Verzicht oder dadurch verlieren könne, daß er es nicht oder in nicht zulässiger Weise verfolge.

Es ist gleichgültig, ob man das Recht des Rechtsmittelklägers auf das einmal ordnungsmäßig eingelegte Rechtsmittel als das Primäre ansieht und dann für den Fall des Rechtsmittelverzichts oder der nicht zulässigen Verfolgung des Rechtsmittels dessen Zulässigkeit ausnahmsweise verneint, oder ob man grundsätzlich den Schluß der letzten mündlichen Verhandlung ent-

71) RG. 18, 418.
72) s. Anm. 68.

scheidend sein läßt, um dann den Fall der Erledigung der Hauptsache als Ausnahme zu behandeln. Immer muß nämlich der Rechtsmittelkläger seine Anträge in bestimmter Höhe bis zur letzten mündlichen Verhandlung aufrechterhalten; nur wenn auf Grund neuhinzutretender Ereignisse beide Parteien die Hauptsache für erledigt erklären, bleibt das Rechtsmittel ohne Rücksicht auf eine Beschwer in der Hauptsache zulässig.

Die Erledigung der Hauptsache in der Berufungsinstanz — über die Rechtslage in der Revisionsinstanz soll am Schluß gesondert gehandelt werden — bietet von dem hier vertretenen Standpunkt aus gegenüber der Erledigung in der ersten Instanz nur geringfügige Besonderheiten.

Im allgemeinen führt auch hier die Beendigung des Rechtsstreits in der Hauptsache zu einer Prüfung der Rechtslage, wie sie vor dem Eintritt des die Hauptsache erledigenden Ereignisses bestand. Nur wenn der Beklagte im Sinne der Anerkennung zahlt und sich damit als unterlegen bekennt, ist er ohne weiteres kostenpflichtig. Umgekehrt ist der Kläger ohne weiteres kostenpflichtig, wenn der Klageanspruch durch sein vorsätzliches Verhalten unbegründet wird, weil er in diesem Fall nicht anders behandelt werden kann, als wenn er die Klage zurücknähme [73]).

Ist die Berufung schon zur Zeit der Einlegung aus irgendeinem Grunde unzulässig, so braucht dies doch bezgl. der Hauptsache nicht mehr ausgesprochen zu werden, wenn der Rechtsstreit insoweit durch Parteivereinbarung beendet wird. Nur soweit das Rechtsmittel noch gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt aufrechterhalten wird, kann dieses mit Kostenpflicht für den Rechtsmittelkläger als unzulässig verworfen werden [74]).

V.

Es bleiben noch die Fälle zu erörtern, in denen das die Hauptsache erledigende Ereignis nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz aber noch vor Einlegung des Rechtsmittels eintritt.

Die Lehre, die die Beschwer in der Hauptsache bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung fordert, hat hier die gleichen Schwierigkeiten und beschränkten Lösungsmöglichkeiten, wie bei der Erledigung der Hauptsache nach Einlegung des Rechtsmittels.

Im allgemeinen bleibt hiernach nur der verurteilte Beklagte bei materieller Erledigung des Klageanspruchs durch das erstinstanzliche Erkenntnis noch in der Hauptsache beschwert. Nur wenn der Beklagte im Sinne der Anerkennung zahlt, weil er die Aussichtslosigkeit der Berufung einsieht, wird man darin einen Verzicht auf das Rechtsmittel zu sehen haben.

Nach der Ansicht von Stein-Jonas [75]) soll das Rechtsmittel auch dann unzulässig sei, wenn der Klageanspruch, nachdem der Beklagte in erster Instanz verurteilt worden ist, begründet wird, weil dadurch die Beschwer fortfalle. Erfüllt jedoch der Beklagte daraufhin den Klageanspruch — nur

72) s. Anm. 68.
73) s. Anm. 6.
74) Lazarus S. 632.
75) Stein-Jonas § 91 III.

dieser Fall ist doch von Interesse — so entsteht wieder der Widerspruch zwischen erstinstanzlichem Erkenntnis und materieller Rechtslage, woraus auch nach der Ansicht von Stein-Jonas für den Beklagten eine Beschwer in der Hauptsache erwächst.

Ist die Klage in erster Instanz abgewiesen und erlischt dann der Klageanspruch, so fehlt dieser Widerspruch zwischen dem Urteilstenor und der materiellen Rechtslage. Bleibt auch sonst keine irgendwie geartete Beschwer in der Hauptsache übrig, so muß die herrschende Lehre die Berufung für unzulässig erachten.

Hier wird der Standpunkt vertreten, daß die nachträgliche Erledigung der Hauptsache an der Zulässigkeit des Rechtsmittels nichts mehr ändert, wenn dieses einmal ordnungsmäßig eingelegt ist. Diese Ansicht wird bestimmt durch den Umstand, daß mit der Einlegung des Rechtsmittels neue Prozeßkosten entstanden sind, über die eine Entscheidung nach allgemeinen Prozeßkostenregeln ermöglicht werden muß, insbesondere muß es möglich sein, das Rechtsmittel gegen den in erster Instanz siegreichen Beklagten, der in der Berufungsinstanz sich durch Anerkenntniserfüllung als unterlegen bekennt, wegen der Kosten aufrechtzuhalten.

In den Fällen, in denen die Klage schon vor Einlegung des Rechtsmittels unbegründet wird und nur noch die Kosten in Streit bleiben, kann die Frage der Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht von dem Prozeßkostengrundsatz der §§ 91, 97 ZPO. aus beantwortet werden. Erfüllt der Beklagte, nachdem in erster Instanz die Klage abgewiesen worden ist, im Sinne der Anerkennung, etwa weil er neue Beweismittel fürchtet, so ist das kein Erfolg des Rechtsmittels, das noch gar nicht eingelegt ist, es ist aber auch kein Erfolg der Klage, die in erster Instanz ja abgewiesen worden ist.

Das Reichsgericht hatte in der Entscheidung RG. 33, 383 trotz vorherigen Erlöschens des Klageanspruchs ein Rechtsmittel gegen das klagabweisende Urteil für zulässig erklärt, indem es ausführte, daß die Veränderung der materiellen Rechtslage nicht ohne weiteres auch den Rechtsstreit in der Hauptsache beende, daß hierzu vielmehr noch die übereinstimmenden Erklärungen der Parteien notwendig seien, die aber erst nach Einlegung des Rechtsmittels, dem nach der damaligen Rechtsprechung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels maßgebenden Zeitpunkt, abgegeben werden könnten.

Daran ist richtig, daß der einseitige Berufungsantrag des Klägers, die Hauptsache für erledigt zu erklären, den Rechtsstreit in diesem Punkte noch nicht sofort beendet. Der Beklagte kann z. B. geltend machen, daß das Ereignis, auf Grund dessen der Kläger die Hauptsache für erledigt erklärt, bereits vor Klageerhebung eingetreten sei, oder daß die behauptete Rechtsänderung überhaupt nicht stattgefunden habe, z. B. weil die Zahlung, auf Grund deren der Kläger sich als befriedigt betrachtet, nur unter Vorbehalt erfolgt sei.

Der Antrag des Klägers, die Hauptsache für erledigt zu erklären, ist nur bei Erlöschen des Klageanspruchs nach Klageerhebung zulässig. Andernfalls liegt kein Grund vor, dem Kläger eine Abstandnahme von einer Entscheidung in der Hauptsache zu gestatten und damit eine Umgehung der Wirkung der Klagerücknahme zu ermöglichen. Stellt der Kläger trotzdem nur den Antrag, die Hauptsache für erledigt zu erklären, so ist dies in Wahrheit

eine — wegen des Widerspruchs des Beklagten unzulässige — Klagerücknahme, bei der gemäß dem Antrag des Beklagten auf Klageabweisung zu erkennen ist.

Ist dagegen tatsächlich der Klageanspruch auf Grund nachträglicher Ereignisse erloschen, so ist der Antrag des Klägers, die Hauptsache für erledigt zu erklären, auch bei Widerspruch des Beklagten zulässig. Die daraufhin ergehende Entscheidung ist, auch wenn nach ihrem Inhalt die Hauptsache für erledigt erklärt wird, Entscheidung in der Hauptsache, da eine Beendigung des Rechtsstreits in der Hauptsache zuvor nicht erfolgte [76]).

Die Kostenentscheidung ist hier genau wie bei beiderseitigen Erledigungserklärungen zu treffen, d. h. es ist zu prüfen, wer ohne das die Hauptsache erledigende Ereignis unterlegen wäre. Man ist geneigt, anzunehmen, daß der Beklagte ohne weiteres die Kosten zu tragen hätte, wenn der Streit, ob der Klageanspruch nachträglich erledigt ist, zugunsten des Klägers zu entscheiden ist. Doch handelt es sich hier nur um einen Nebenpunkt, dem gegenüber der Tatsache, daß der Beklagte bis zum Eintritt der Erledigungstatsache siegreich gestritten hat, keine entscheidende Bedeutung zukommt, es sei denn, daß durch diesen Nebenstreit besondere Kosten verursacht worden sind [77]).

Der Berufungsantrag des Klägers, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären, enthält also zunächst nur einen Vorschlag, den Rechtsstreit insoweit durch Parteivereinbarung zu beenden [78]). Erst wenn der Beklagte eine entsprechende Erklärung abgibt, wird diese Absicht erreicht. Dies ist aber bei zwischeninstanzlichem Erlöschen des Klageanspruchs immer erst nach Einlegung des Rechtsmittels möglich. Die prozessuale Beendigung des Rechtsstreits erfolgt also, auch wenn der Klageanspruch schon vorher materiell erledigt ist, erst nach dem Zeitpunkt, der nach der früheren Ansicht des Reichsgerichts und auch nach der hier vertretenen Meinung in den Fällen der Erledigung der Hauptsache für die Zulässigkeit des Rechtsmittels maßgebend ist.

Würde man aber mit der überwiegenden Rechtsprechung des Reichsgerichts außer einem Rechtsstreit in der Hauptsache auch eine Beschwer in der Hauptsache fordern [79]), so wäre das Urteil in RG. 33, 383 unrichtig, denn der Kläger hat, wenn der Klageanspruch unstreitig erloschen ist, im allgemeinen nur noch wegen des Kostenpunktes ein Interesse daran, an Stelle der Klageabweisung ein Urteil dahingehend zu erzielen, daß die Hauptsache für erledigt erklärt wird.

In diesen Fällen genügt aber die Beschwer im Kostenpunkt. Wenn sich in erster Instanz der Antrag des Klägers, die Hauptsache für erledigt zu erklären, und der Abweisungsantrag des Beklagten gegenüberstehen, so ist das darauf ergehende Urteil, weil es Entscheidung in der Hauptsache ist, mit der Berufung anfechtbar. Das ordentliche Rechtsmittel muß aber auch dann zulässig sein, wenn der Klageanspruch sich erst nach Erlaß des erst-

---

76) Stein-Jonas § 91 III.
77) Lazarus s. 637; RG. i. JW. 20, S. 557 N. 12. RG. 114. 232.
78) RG. i. JW. 20, S. 557, N. 12.
79) s. Anm. 20, insbes. RG. Gruch 57, 1057.

instanzlichen Urteils materiell erledigt und der Kläger daher dem abweichenden Urteil nur noch den Antrag entgegensetzen kann, die Hauptsache für erledigt zu erklären [80]).

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses erhellt auch, wenn man von dem Fall ausgeht, in dem in erster Instanz gegenüber dem Abweisungsantrag des Beklagten durch streitiges Urteil die Hauptsache für erledigt erklärt worden ist, dem Kläger aber die Kosten auferlegt worden sind, weil die Klage schon vor Eintritt der neuen anspruchserledigenden Tatsache unbegründet war [81]). Hier entspricht die Entscheidung in der Hauptsache dem Antrag des Klägers. Dieser kann also nur noch im Kostenpunkt beschwert sein. Diese Beschwer im Kostenpunkt genügt aber, um ihre Beseitigung durch das ordentliche Rechtsmittel zuzulassen.

Zwar verbietet § 99 I ZPO. dem Wortlaut nach hier die Anfechtung der Kostenentscheidung, da die Entscheidung in der Hauptsache ja nicht mitangefochten werden kann. Auch die sofortige Beschwerde des § 99 III ZPO. ist hier unzulässig, da eine Entscheidung in der Hauptsache ergangen ist.

Daß hier aber überhaupt ein Rechtsmittel gegen die Kostenentscheidung zuzulassen ist, ergibt sich aus dem Umstand, daß der besprochene Fall sonst der einzige wäre, in dem bei materieller Erledigung des Klageanspruchs in erster Instanz eine Anfechtung der Kostenentscheidung unmöglich wäre, Da die besonderen Voraussetzungen der ausnahmsweise gewährten sofortigen Beschwerde nicht gegeben sind, kann nur das allgemeine Rechtsmittel zulässig sein, ebenso wie in den andern Fällen einer streitigen Entscheidung in der Hauptsache nach materieller Erledigung des Klageanspruchs.

Es gibt also einen Fall, in dem die Kostenentscheidung selbständig angefochten werden kann, obgleich die Entscheidung in der Hauptsache unangefochten bestehen bleibt. Allerdings verlangt der Kläger die Änderung der Kostenentscheidung nicht auf Grund einer andern Beurteilung der Hauptsache, die hier in dem Streit darüber besteht, ob Klageabweisung oder Erledigung der Hauptsache auszusprechen ist.

An diesem Fall, der eine ausnahmsweise Durchbrechung des § 99 I ZPO. erzwingt, wird das bereits oben gefundene Prinzip bestätigt, wonach eine selbständige Kostenentscheidung nur dann unzulässig ist, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache unangefochten bestehen bleibt, mit der die Kostenentscheidung des höheren Richters in Widerspruch treten könnte. Diese Konfliktsmöglichkeit besteht in dem eben besprochenen Fall nicht, sie besteht aber auch nicht, wenn der Klageanspruch sich nach Erlaß des erstinstanzlichen Urteils erledigt und der Kläger gegen das klageabweisende Erkenntnis Berufung einlegt mit dem Antrag, die Hauptsache für erledigt zu erklären, um eine andere Kostenentscheidung zu erlangen.

Die Entscheidung in der Hauptsache verliert ihre Bedeutung, wenn unstreitig geworden ist, daß der Klageanspruch nicht mehr besteht. In dem Urteil, das auf die Erledigung der Hauptsache in der Rechtsmittelinstanz

---

80) Lazarus § 49.
81) s. Anm. 77.

ergeht, kann außerdem das vorinstanzliche Urteil, um es auch formell zu beseitigen, ausdrücklich aufgehoben werden. Einem derartigen Ausspruch kommt lediglich formale Bedeutung zu [82]).

Erreicht die Beschwer im Kostenpunkt die Berufungssumme nicht, so ist die erstinstanzliche Entscheidung unanfechtbar.

Damit ergeben sich wieder unerfreuliche Folgerungen für die Fälle, in denen die Erledigung des Klageanspruchs die Niederlage einer Partei bedeutet, besonders wenn der in erster Instanz siegreiche Beklagte im Sinne der Anerkennung zahlt, weil er neue Beweismittel fürchtet. Allerdings führt hier die Unzulässigkeit des Rechtsmittels nicht zu einem Konflikt mit dem Grundsatz der §§ 91, 97 ZPO. wonach der Unterliegende die Kosten zu tragen hat. Unbefriedigend bleibt aber doch der Umstand, daß der Beklagte, indem er dem Kläger das gibt, was dieser verlangt, die bis dahin zulässige Berufung unzulässig machen kann, um dadurch einer Abänderung der Kostenentscheidung zu entgehen. Dieses Ergebnis befriedigt umsoweniger, als der Beklagte selbst in den Fällen der Erledigung der Hauptsache nur durch Verzicht das Rechtsmittel verlieren kann, da er durch das verurteilende Erkenntnis beschwert bleibt.

Unbefriedigend ist auch die Verschiedenheit der Ergebnisse je nachdem sich der Klageanspruch in erster Instanz, zwischen den Instanzen oder erst nach Einlegung des Rechtsmittels erledigt. Bei Erledigung der Hauptsache in erster Instanz ist die sofortige Beschwerde gegeben, beschränkt durch eine Beschwerdesumme von 50.— RM §§ 99 III, 567 II ZPO. Tritt vor Einlegung des Rechtsmittels ein Erledigungsgrund ein, so kann die Entscheidung über den Kostenpunkt mit dem ordentlichen Rechtmittel angefochten werden, aber nur wenn die allgemeine Beschwerdesumme erreicht wird. Tritt dagegen die Erledigung der Hauptsache erst nach Einlegung des Rechtsmittels ein, so bleibt das Rechtsmittel gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt ohne Rücksicht auf einen bestimmten Beschwerdewert zulässig. Der Ausschluß von Bagatellsachen wird hier nur dadurch erreicht, daß die Beschwer in der Hauptsache bei Einlegung des Rechtsmittels in Höhe der Rechtsmittelsumme vorhanden sein muß.

Für eine Neuregelung [83]) ist vorzuschlagen, daß in den Fällen, in denen sich der Klageanspruch nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung erledigt, die Fortführung des Rechtsstreits über den Kostenpunkt in derselben Weise zuzulassen ist, wie wenn die Erledigung nicht eingetreten wäre. Bei Erledigung der Hauptsache nach Einlegung des Rechtsmittels ist keine andere Lösung denkbar, wenn man es vermeiden will, daß das Rechtsmittel in diesen Fällen ohne Rücksicht auf die Prozeßlage auf Kosten des Rechtsmittelklägers verworfen wird. Aber auch in den Fällen, in denen sich der Klageanspruch materiell zwischen den Instanzen erledigt, ist diese Regelung praktisch, da auf diese Weise verhindert wird, daß der Beklagte auf die Zuläsigkeit des Rechtsmittels in irgendeiner Weise einwirken kann. Außerdem würden die willkürlich anmutenden Unterscheidungen, die heute nicht zu vermeiden sind, fortfallen.

---

82) Stein-Jonas § 99 V zu N 54.
83) § 102 des Entwurfes von 1931 bringt keine wesentlichen Änderungen.

In der Revisionsinstanz ergeben sich Besonderheiten dadurch, daß das Vorbringen neuer Tatsachen grundsätzlich ausgeschlossen ist § 561 ZPO. Soweit aber neuhinzutretende Ereignisse die Zulässigkeit des Rechtsmittels berühren, müssen sie auch in der Revisionsinstanz noch berücksichtigt werden.

Geht man von dem Standpunkt aus, daß die Beschwer in der Hauptsache in Höhe der Rechtsmittelsumme ausnahmslos bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung gegeben sein muß, so ist die Erledigung der Hauptsache, wenn sie die Beschwer völlig beseitigt, ein Umstand, der die Zulässigkeit der Revision berührt und deswegen berücksichtigt werden muß. Hier aber wird die Ansicht vertreten, daß die Erledigung der Hauptsache an der Zulässigkeit des einmal ordnungsmäßig eingelegten Rechtsmittels nichts mehr ändert. Von diesem Standpunkt aus ist die Meinung vertreten worden, daß die Erledigung der Hauptsache, die nur auf Grund neuer Tatsachen eintreten kann, in der Revisionsinstanz unmöglich sei [84]).

Diese Ansicht ist irrig. Die neuen Tatsachen, der sog. Erledigungsgrund, führen nicht nur zu einer Änderung der materiellen Rechtslage, sondern im allgemeinen auch, nämlich bei beiderseitigen Erledigungserklärungen, zu einer unmittelbaren Beendigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Es liegt ebenso wie bei einem gerichtlichen Vergleich, der auch den Rechtsstreit ohne weiteres beendet. Auch der Klageverzicht, die zulässige Klagerücknahme und das Anerkenntnis beenden den Rechtsstreit und sind darum noch in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen. Ebenso müssen auch die andern streitbeendenden Umstände vom Revisionsgericht beachtet werden, insbesondere auch die durch übereinstimmende Erklärungen erfolgende Erledigung der Hauptsache.

Allerdings hat das Revisionsgericht in diesen Fällen noch zu prüfen, ob wirklich eine Beendigung des Rechtsstreits in der Hauptsache vorliegt, ebenso wie es bei einem Vergleich zu prüfen hat, ob dadurch der Streitstoff beseitigt wird.

Eine eigentliche Erledigung der Hauptsache liegt nur vor, wenn die Parteien wegen einer nachträglichen Änderung der materiellen Rechtslage den Rechtsstreit in der Hauptsache beenden [85]). Trägt der Kläger dagegen Tatsachen vor, die schon vor Erhebung der Klage liegen, so kann er daraufhin nicht beantragen, die Hauptsache für erledigt zu erklären. Tut er es dennoch, so stellt er zur Hauptsache überhaupt keinen zulässigen Antrag, d. h. er nimmt die Klage zurück. Geht der Beklagte daraufhin ebenfalls vom Abweisungsantrag zur Erledigungserklärung über, so liegt darin eine Zustimmung zur Klagerücknahme.

Ebenso liegt es, wenn zwar nachträglich eine Änderung der Rechtslage eingetreten ist, der Kläger aber daraufhin eine Zeitlang auf dem unbegründet gewordenen Antrag verharrt hat oder wenn er trotz Änderung der Rechts-

---

84) Lazarus S. 636. Erklären trotzdem beide Parteien die Hauptsache für erledigt, so muß L. darin eine Zurücknahme der Klage und die Zustimmung dazu erblicken.

85) s. Anm. 76.

lage den Klageantrag aufrechterhalten könnte, z. B. wenn der Beklagte nur anerkennt aber nicht zahlt.

Ergibt die Prüfung des unstreitigen Parteivorbringens, daß in Wahrheit keine Erledigung der Hauptsache, sondern eine Klagerücknahme oder — wenn der Kläger zugleich Revisionskläger ist — eine Zurücknahme der Revision vorliegt, so ist ohne weitere Prüfung der Prozeßlage die Kostenpflicht des Klägers entsprechend dem Antrag des Beklagten auszusprechen.

Tritt dagegen auf Grund übereinstimmender Erklärungen eine wirkliche Erledigung der Hauptsache ein, so kann insoweit keine Entscheidung mehr getroffen werden, doch muß die Entscheidung über den Kostenpunkt auf Grund der allgemeinen Grundsätze nachgeprüft werden. Die Zulässigkeit des Rechtsmittels wird ja durch die spätere Erledigung der Hauptsache nicht berührt.

Zwischen erster und Berufungsintsanz hatte der Beklagte die Möglichkeit, das Rechtsmittel gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt durch Erfüllung des Klageanspruchs unmöglich zu machen, wenn die Beschwer im Kostenpunkte die Berufungssumme nicht erreichte. Zwischen Berufungs- und Revisionsinstanz wäre eine gleiche Möglichkeit wegen der Höhe der Revisionssumme doppelt unerwünscht.

Das Revisionsgericht hat jedoch die neueintretenden Tatsachen nur insoweit zu berücksichtigen, als sie zu einer Beendigung des Rechtsstreits führen, und da die Erledigung der Hauptsache nur durch übereinstimmende Parteierklärungen bewirkt wird, hat jede Partei es in der Hand, die Berücksichtigung der neuen Tatsachen zu verhindern. Der Kläger kann also, wenn der Beklagte nur den Klageanspruch erfüllt, ohne die Kosten zu berücksichtigen, Revision auch gegen das Urteil in der Hauptsache einlegen und die erfolgte Zahlung ignorieren. Diese Tatsache muß dann ebenso unberücksichtigt bleiben, wie andere nach der letzten mündlichen Berufungsverhandlung eingetretene Ereignisse.

Umgekehrt kann auch der Beklagte die Erledigung der Hauptsache verhindern, indem er gegenüber dem Erledigungsantrag des Klägers bei seinem Abweisungsantrag verharrt. Auch hier kann das Revisionsgericht nur dasjenige Parteivorbringen, welches aus dem Tatbestande des Berufungsurteils oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist, seiner Beurteilung zugrundelegen § 561 ZPO. Die vom Kläger vorgetragene Änderung der Rechtslage kann also nicht berücksichtigt werden. Bleibt der Kläger trotzdem bei seinem Antrag, die Hauptsache für erledigt zu erklären, so liegt darin wiederum eine — dieses Mal wegen des Widerspruchs des Beklagten unzulässige — Zurücknahme der Klage oder der Revision, bei der dem Antrag des Beklagten zu entsprechen ist. §§ 271 und 566 i. V. m. 514 ZPO.

Der Kläger ist aber nicht genötigt, bei Widerspruch des Beklagten auf seinem Antrag, die Hauptsache für erledigt zu erklären, zu beharren, vielmehr kann er jederzeit seinen ursprünglichen Antrag wiederaufnehmen und damit die alte Lage wiederherstellen.

LEBENSLAUF.

Am 10. Mai 1907 wurde ich in Duisburg geboren. Seit 1913 besuchte ich die Vorschule und Oberrealschule in Duisburg und legte dort Ostern 1926 die Reifeprüfung ab. Danach studierte ich Staats- und Rechtswissenschaften in Freiburg und Berlin. In Berlin bestand ich im Jahre 1931 die erste und im Jahre 1934 die zweite juristische Staatsprüfung.